

Märkte - Wettbewerb - Regulierung

Wettbewerbsbericht der AK 2004 Teil 1

Publikation der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Wien 2004

Der direkte Weg zu Broschüren der Abteilung Wirtschaftspolitik:

E-Mail: wipol@akwien.at

Fax: +43-1-501 65 / 2532

CIP-Einheitsaufnahme beantragt.

Impressum:

Wettbewerbsbericht der AK

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

Redaktion: Andreas Schieder, Helmut Gahleitner, Mathias Grandosek

Wien 2004

ISBN 3-7063-0261-6

Hersteller: Eigenvervielfältigung, Buchbinderei Becker

Inhaltsverzeichnis

1.	EDITORIAL	5
2.	SCHWERPUNKT: WOHIN ROLLT DIE BAHN?.....	8
2.1.	EU Wettbewerbspolitik im Schienenverkehr	8
2.2.	Die Bundesbahnstrukturreform 2003.....	22
2.3.	Aufgabenverteilung und Finanzierungsverantwortung für Schieneninfrastrukturmaßnahmen nach dem Bundesbahnstrukturgesetz 2003.....	29
2.4.	Bahnreform und Infrastruktur	35
2.5.	Das Dienstrecht der Bediensteten der ÖBB	41
2.6.	Die Arbeit der SCG-Schienen-Control-GmbH und die ÖBB Reform	45
2.7.	Überzeugungen eines Bahnchefs.....	48
2.8.	Britain's railways since privatisation.....	52
	Deutsche Zusammenfassung: Britanniens Eisenbahnen seit der Privatisierung	54
3.	AKTUELLES AUS WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHT	57
3.1.	Europäische Union.....	57
3.1.1.	Reform der europäischen Fusionskontrolle	57
3.1.2.	Richtlinienvorschlag – unlautere Geschäftspraktiken	63
3.1.3.	Unternehmensrecht im Wettbewerb	66
3.1.4.	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen.....	76
3.1.5.	Gruppenfreistellungsverordnung für KMU-Beihilfen	79
3.2.	Österreich.....	81
3.2.1.	Überlegungen zu einer Neugestaltung des Kartellgesetzes.....	81
3.2.2.	Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten	83
4.	WETTBEWERBSAKTIVITÄTEN DER ARBEITERKAMMER	85
4.1.	Zusammenschlüsse, Kartellrechtliches.....	85
4.1.1.	Zusammenschluss ÖBB / Postbus AG	85
4.1.2.	Zahlungsverkehrsallianz österreichischer Großbanken.....	89
4.1.3.	Feststellungsantrag gegen Schiverbund Amadé	91
4.1.4.	Wettbewerb im Fahrschulwesen?.....	93
4.2.	Aktivitäten auf europäischer Ebene	96
4.2.1.	Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem	96
4.2.2.	Freie Berufe im Lichte der Wettbewerbspolitik	98
4.3.	Aktivitäten im Bereich des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb	100
4.3.1.	OGH-Entscheidungen bezüglich der Wettbewerbswidrigkeit im Zusammenhang mit dem Einsatz von Mehrwert-Telefonnummern bei Gewinnspielen	100
4.3.2.	OGH - Mehr Transparenz für Versandhandelskunden	103
4.3.3.	Organisationsbeitrag II - Überlegungen zur Entscheidung 4 Ob 59/03 k	106
4.3.4.	Flüssiggasverträge.....	109

5.	DIE ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE	111
	5.1.1. Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU.....	111
	5.1.2. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung öster-reichischer Unternehmen im Jahr 2003	112
	5.1.3. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich.....	114
5.2.	Wichtige Entscheidungen der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit	115
	5.2.1. Zusammenschluss ÖBB / Postbus AG	115
	5.2.2. Entscheidung Zahlungsverkehrsallianz.....	116
	5.2.3. Schiverbund Amadé – Die Entscheidung des Kartellgerichts.....	117
	5.2.4. Zusammenschluss Saria Holding AG / Medicur-Holding / Dr Schuster BeteiligungsGmbH	119
	5.2.5. Coca Cola übernimmt Römerquelle	121
	5.2.6. Unternehmenszusammenschlüsse zwischen Pharma-großhändlern und Apotheken	124
	5.2.7. Missbrauchsverfahren Easycash gegen Europay.....	125
	5.2.8. Schnurlostelefon.....	128
	5.2.9. Missbrauchsverfahren der U-GmbH gegen den Haupt-verband der Sozialversicherungsträger.....	130
6.	BERICHTE ÜBER REGULIERUNGS- UND WETTBEWERBSBEHÖRDEN	133
	6.1. Bundeswettbewerbsbehörde.....	133
	6.2. Tätigkeitsbericht 2003 der Amtspartei Bundeskartellanwalt	133
	6.3. Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission 2003	137
	6.4. RTR GmbH - Kurzaufsicht der wichtigen Themen 2003.....	140
	6.5. Regulierungsbehörde Strom und Gas	141
	6.6. Schienen Control GmbH	143
	6.7. 5 Jahre Übernahmegesetz - Überblick über die Tätigkeit der Übernahmekommission .	143
7.	VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN	145

1. EDITORIAL

Die AK bemüht sich, mit dem in zwei Teilen erscheinenden Wettbewerbsbericht die interessierten LeserInnen über die aktuellen Entwicklungen in der österreichischen und europäischen Wettbewerbspolitik zu informieren. Durch die Vielzahl an Themen und die zunehmende Bedeutung der Wettbewerbspolitik wurde im Laufe der Zeit der Umfang der gesamten Publikation immer größer. Auch die Tabelle Fusionen und Übernahmen, die traditioneller Bestandteil unseres Wettbewerbsberichts ist, hat durch die noch genaueren Recherchen immer umfangreichere Ausmaße angenommen. Dies obwohl über einige Jahre eine gewisse Beruhigung bei den Fusionsaktivitäten der Unternehmen festzustellen war. Mit der letzten Kartellgesetznovelle, die 2002 in Kraft getreten ist, hat sich in der Folge auch das gesamte institutionelle Umfeld der Wettbewerbspolitik verändert.

Um diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen und die zukünftige Ausrichtung und Gestaltung festzulegen, unterzogen wir den Wettbewerbsbericht einer Gesamtevaluation. Im Rahmen dieses Prozesses haben wir über eine Fragebogenaktion auch unsere LeserInnen zu ihrer Meinung zum Wettbewerbsbericht und ihren jeweiligen Interessenschwerpunkten befragt. An dieser Stelle möchten wir uns sehr herzlich bei dem großen Anteil an LeserInnen bedanken, die sich die Mühe gemacht haben, den Fragebogen auszufüllen und an uns zurück zu senden. Besonders bedanken möchten wir uns bei Dr Ferdinand Lacina, Dr Oswald Grünwald, Dr Christian Bellak und Dr Hans Moser, die sich für ein längeres Gespräch zur Verfügung stellten und vor allem zu den wettbewerbs- und wirtschaftspolitischen Abschnitten des Wettbewerbsberichts äußerst wertvolle Anregungen gaben.

Es soll nicht verhehlt werden, dass wir von den Ergebnissen der Befragung unserer LeserInnen überwältigt waren. Mit einem derart positiven feedback, zu praktisch allen Themenblöcken der beiden Teile des Wettbewerbsberichtes, haben wir wirklich nicht gerechnet. Darüber hinaus kamen auch viele nützliche Anregungen wie wir den Wettbewerbsbericht weiter verbessern könnten. Natürlich haben wir versucht, die Ergebnisse der Evaluation und die Anregungen von Ihnen, liebe LeserInnen, in unsere Überlegungen einfließen zu lassen.

Am sichtbarsten ist die Veränderung des Covers. Anstelle der bisherigen Überschrift „Fusionen und Übernahmen“ wird künftig die Publikation den Titel „Märkte - Wettbewerb - Regulierung“ tragen. Wir glauben, damit die wesentlichen Inhalte besser beschreiben zu können. Prominenter als bisher wird die Jahresbezeichnung dargestellt. Diese wird auch umgestellt und soll in Zukunft auf das Erscheinungsjahr und nicht auf das Datenjahr hinweisen. Einen größeren Stellenwert bekommt der nun schon „eingebürgerte“ Titel „Wettbewerbsbericht der AK“ – mit dem Hinweis auf Teil 1 bzw Teil 2. Sofern es sich anbietet, wird bereits am Deckblatt ein Hinweis auf eventuelle Schwerpunkte des jeweiligen Wettbewerbsberichts gegeben werden.

Aufgrund der äußerst positiven Rückmeldungen hat es sich natürlich erübrigt, eine grundlegende Neuausrichtung des Wettbewerbsberichts in Betracht zu ziehen. Dennoch haben wir die Anregungen benutzt, einige Änderungen vorzunehmen. So wird der Wettbewerbsbericht in Zukunft explizit alle Aspekte der Wettbewerbspolitik abdecken (also etwa auch die Beihilfethematik, Regulierungspolitik, Beschaffungspolitik, usw). Bei den inhaltlichen Beiträgen wird in Zukunft versucht werden, weniger einen Rückblick auf das Vorjahr zu erstellen, als vielmehr möglichst aktuell zu bleiben. Die deskriptiven Berichte über die Tätigkeiten verschiedener wettbewerbspolitischer Institutionen (die zum Teil den gesetz-

lichen Auftrag haben, selbst Berichte über ihre Tätigkeit zu erstellen) werden in Zukunft knapp gehalten werden. Fallweise wird es hingegen ausführliche Analysen und Bewertungen der Arbeit und Politik einzelner Institutionen geben. Der Tabellenteil, der vor allem im zweiten Teil des Wettbewerbsberichts einen wichtigen – und von den LeserInnen besonders geschätzten und auch benützten - Abschnitt darstellt, wird anders konzipiert. Unsere „Fusionen und Übernahmen-Tabelle“ wird nicht mehr auf alle von uns recherchierbaren Fusionen und Übernahmen weltweit abstellen, sondern sich auf Österreich und die EU beschränken und hier alle den zuständigen Institutionen gemeldeten bzw zu veröffentlichenden Transaktionen umfassen. Damit wird einerseits die Anzahl der erfassten Übernahmen massiv reduziert, auf der anderen Seite werden dadurch aber etwa auch Möglichkeiten für wissenschaftliche Auswertungen der Tabelle aufgrund der nunmehr gesicherten Datenbasis eröffnet. Einige Aufsehen erregende oder wichtige Fusionen und Übernahmen sollen zusätzlich etwas ausführlicher analysiert werden.

Abweichend von der bisherigen Struktur des Wettbewerbsberichtes werden in Zukunft bestimmte wichtige Themen fallweise in einem eigenen Schwerpunkt behandelt werden. Der vorliegende Wettbewerbsbericht setzt erstmals unter dem Titel „Wohin rollt die Bahn?“ einen solchen thematischen Schwerpunkt. Dabei wird versucht, die Bestrebungen der EU um eine Liberalisierung des europäischen Schienenverkehrs in den letzten Jahren von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu betrachten. Erst jüngst gab es ja die Einigung zwischen EU Rat und EU Parlament im Vermittlungsausschuss zum 2. EU-Eisenbahnliberalisierungspaket, welches eine Liberalisierung im Güterverkehr vorsieht. Im Mittelpunkt steht auch eine Analyse der österreichischen Politik, und ihr Versuch in adäquater Weise auf diese Liberalisierung zu reagieren. Dieser Schwerpunkt wurde nicht willkürlich gewählt. Ist doch der Schienenverkehr einer von vielen öffentlichen Dienstleistungsbereichen, die in den letzten Jahren massiven Liberalisierungsbestrebungen ausgesetzt sind.

Wettbewerb hat die Aufgabe, bei Marktgütern für niedrige Preise, hohe Qualität, hohe Innovationsraten und damit Marktwachstum und Beschäftigung zu sorgen. Die Arbeiterkammer hat über viele Jahre bewiesen, dass ihr fairer Wettbewerb unter fairen Arbeitsbedingungen ein großes Anliegen ist. Prof Rießberger stellt aber in seinem Beitrag wohl zu recht die Frage: Kann für ein so komplexes System wie die Eisenbahn tatsächlich ähnliches gelten wie für Zahnpasta, Deodorants und ähnlichem? Es ist zu hinterfragen, ob solche Märkte mit öffentlichen Dienstleistungen und Infrastrukturen wie dem Schienenverkehr, der Wasserversorgung, dem Gesundheitswesen usw zu vergleichen sind. Vielleicht passt ein simples Wettbewerbskonzept doch nicht so ganz?

Die zentrale Aufgabe der Politik bei den öffentlichen Dienstleistungen ist die Sicherstellung einer für alle Menschen leistbaren, hochwertigen, sicheren und flächendeckenden Versorgung die effizient und unter fairen Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten, erbracht wird. Oftmals sind diese Dienstleistungen und Infrastrukturen (Telekommunikation, Schiene, Energie, ...) auch Voraussetzungen für die weitere Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Österreich und damit für Beschäftigung und langfristiges Wachstum. Es geht dabei vor allem auch um ein langfristig hohes Investitionsniveau als Voraussetzung zur Sicherung der Qualität und des Versorgungsniveaus mit der entsprechenden öffentlichen Dienstleistung.

Unter diesen Gesichtspunkten stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob die europäische Politik über eine Liberalisierung des Schienenverkehrs diesen Anforderungen tatsächlich gerecht werden kann. Sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen in Österreich geeignet, für die österreichischen Bahnen eine solide Ausgangsbasis zu schaffen um im neuen Wettbewerb in der EU zu bestehen? Hilft die neue Struktur der ÖBB um eine Wachstumsstrategie umzusetzen? Bleiben gemeinwirtschaftliche Aufgaben gesichert?

Diesen Fragen geht unter anderem das Schwerpunktkapitel des vorliegenden Wettbewerbsberichts nach und gibt damit hoffentlich Anregungen für weitere Diskussionen zu dieser wichtigen wirtschaftspolitischen Thematik.

Neben diesem Schwerpunktthema haben wir für Sie, liebe LeserInnen, viele weitere Beiträge, etwa zum Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, zu den Wettbewerbsaktivitäten der Arbeiterkammer (auch im UWG-Bereich), zur Entwicklung der Zusammenschlüsse, zu wichtigen Entscheidungen der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit oder zu österreichischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, bereitgestellt.

Wir hoffen, Ihnen mit den Beiträgen hilfreiche und interessante Informationen zu liefern und darüber hinaus Anregungen zur weiteren Ausgestaltung der österreichischen und europäischen Wettbewerbspolitik zu geben. Es würde uns freuen, wenn der Wettbewerbsbericht der Arbeiterkammer auch in Zukunft ihre Wertschätzung findet.

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass dieser Wettbewerbsbericht (wie auch alle früheren Ausgaben) über die Homepage der AK abrufbar ist (www.arbeiterkammer.at).

2. SCHWERPUNKT: WOHIN ROLLT DIE BAHN?

2.1. EU Wettbewerbspolitik im Schienenverkehr

Gregor Lahounik

Marktöffnung über Eisenbahnpakete I+II+III

Schwindende Anteile der Eisenbahnen am gesamten Güterverkehrsaufkommen bei zeitgleich sprunghaft ansteigendem Straßenverkehr haben die Europäische Kommission (EK) bereits Anfang der 90er Jahre dazu veranlasst, im Schienengüterverkehr Deregulierungsmaßnahmen einzuleiten. Beim derzeit gültigen Gemeinschaftsrecht kommt dem so genannten „ersten Eisenbahnpaket bzw Eisenbahninfrastrukturpaket“ mit seinen insgesamt drei Richtlinien die größte Bedeutung zu. Kernpunkt dieses Richtlinienpaketes und der Interoperabilitätsrichtlinien ist der freie Zugang jedes Eisenbahnverkehrsunternehmens zu den Netzen der Gemeinschaft.

Die Richtlinie 91/440 (idF 01/12/EG) regelt den Marktzugang im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr und schreibt eine Öffnung der Netze vor. Sie ist daher die bedeutendste Richtlinie des ersten Eisenbahnpaketes. Jedes einzelne Eisenbahnunternehmen hat demnach eine buchhalterische Trennung zwischen Betrieb der Infrastruktur und Erbringung der Verkehrsleistung durchzuführen und erhält Zugangsrechte zu den wichtigsten europäischen Schieneninfrastrukturen. Eine verpflichtende Trennung beider Unternehmensbereiche ist allerdings nicht vorgeschrieben. Dies bedeutet, dass innerhalb der EU jegliche grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsleistung durch sämtliche konzessionierte Bahngesellschaften durchgeführt werden kann.

Diese Konzession ist gemäß der Richtlinie 95/18 (idF RL 01/13/EG) einem Eisenbahnunternehmen zu erteilen, sofern es 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) und eine ausreichende Versicherung nachweisen kann. Über die Richtlinie 95/19 (idF RL 01/14/EG) - mit ihren Festsetzungen über das Trassenzuweisungsverfahren, Entgeltregelungen sowie Festlegungen über verpflichtende und fakultative Zusatzleistungen (wie Zugsteuerung, Weichennutzung, Recht zur Nutzung zugewiesener Fahrwegkapazität, Überwachung von Gefahrguttransporten uä) - wird eine gerechte und transparente Fahrwegzuweisung und -nutzung gewährleistet. Als Kontrollinstanz fungiert – analog zu anderen Bereichen wie Telekommunikation oder Stromversorgung – eine Regulierungsstelle (Rail-Regulator).

Die Interoperabilitätsrichtlinien (Richtlinie 96/48/EG und 2001/16/EG) haben die technische Harmonisierung der einzelnen Schienenverkehrssysteme zum Ziel. Über so genannte „technische Spezifikationen der Interoperabilität (TSI)“ sollen geeignete Normen für ein einheitliches Bahnsystem erlassen werden.

In den Entwürfen zum zweiten Eisenbahnpaket werden, neben einer weiteren Marktöffnung, zusätzliche Schritte, hin zu einer Vereinheitlichung des europäischen Eisenbahnsystems gesetzt. So wird im Rahmen der Überarbeitung der Sicherheitsrichtlinie die Harmonisierung der einzelnen nationalstaatlichen Sicherheitsvorschriften angekündigt.

Des Weiteren sieht eine Verordnung die Gründung einer Europäischen Eisenbahnagentur (EEA) analog zur Luft- und zur Hochseeschifffahrt vor. Die EEA mit Sitz in Valenciennes (F) nimmt künftig eine Schlüsselposition ein, da sie neben der technischen Unterstützung der Kommission ebenfalls als Initiator für sicherheitstechnische Bestimmungen und Sicherheitsbescheinigungen fungiert. Derzeit steht das Verfahren zum Eisenbahnpaket II knapp vor dem Abschluss und das Dossier befindet sich im Vermittlungsausschuss zwischen Europäischem Rat und Europäischem Parlament. Bis dato ungeklärt ist in diesem Zusammenhang die Sitzverteilung in der EEA und inwieweit der Personenverkehr ebenfalls einbezogen werden soll.

In einem weiteren Schritt wurde von der EK für 2004 bereits das dritte Eisenbahnpaket angekündigt. Wenngleich hierfür noch keine Entwürfe präsentiert wurden, soll es jedenfalls die Passagierrechte, den Lokführerschein und die Personenverkehrsliberalisierung umfassen.

Grundsätzliche Einschätzung

Die bisherigen Schritte der Marktöffnung haben dazu geführt, dass zwar die Netze für jedes konzessionierte Eisenbahnverkehrsunternehmen im internationalen Güterverkehr offen stehen, gleiche Bedingungen für alle Marktteilnehmer wurden allerdings nicht geschaffen. Sowohl im Eisenbahnpaket I und in den Entwürfen zum Eisenbahnpaket II wird hauptsächlich die technische Harmonisierung vorangetrieben. Soziale Aspekte werden nur unzureichend berücksichtigt. Zwar wird in den Entwürfen zum zweiten Eisenbahnpaket ebenfalls die Harmonisierung einiger Sicherheits- und Sozialvorschriften (wie zB Sicherheitsbescheinigungen und Ausbildung eines Teilbereichs des Personals) angedacht, allerdings fehlen konkrete Angaben über den Zeitpunkt der Umsetzung und über das generell angestrebte Sicherheitsniveau. So wird es auch nach der Umsetzung der Eisenbahnpakete aufgrund mangelnder Harmonisierungen zu unterschiedlichsten Standards in den einzelnen Mitgliedstaaten kommen und jedes Land bzw jede Bahn wird zumindest mittelfristig weiterhin eigene Betriebsordnungen, „Verkehrszeichen“ und eigene Ausbildungsvorschriften haben.

Nahezu unregelt ist das europäische Eisenbahnsystem bis zum Inkrafttreten der ersten europaweiten Spezifikationen für die Interoperabilität im konventionellen Schienenverkehr. Die bisher von der AEIF (Agence Européenne pour l'Interopérabilité Ferroviaire – ein Zusammenschluss zahlreicher europäischer Bahnen und der Eisenbahnindustrie) präsentierten Entwürfe entsprachen weder inhaltlich noch qualitativ den Anforderungen und wurden daher zurückgewiesen. Es ist daher damit zu rechnen, dass das ursprüngliche Ziel, bereits 2006 konkrete Anforderungen zu haben, jedenfalls verfehlt werden wird.

Der Erfolg der vorgesehenen Maßnahmen der Eisenbahnpakete I+II wird generell vom Zusammenspiel der technischen (Interoperabilität) und sozialen (Ausbildung, Sicherheit) Harmonisierung - bei gleichzeitiger Sicherung des höchsten Qualitätsniveaus - abhängen. Derzeit sind soziale Aspekte in den EU-Vorgaben allerdings völlig unzureichend geregelt.

Es gilt daher auf europäischer Ebene jedwede (weitere) Marktöffnung mit Regelungen im technischen und sozialen Bereich zu juktimieren. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen:

- Mindeststandards (va in sicherheitsrelevanten Bereichen) haben sich am höchsten Niveau zu orientieren;
- Die für den Eisenbahnverkehr zuständigen Behörden (Eisenbahnagentur, Sicherheitsbehörde) sind ausreichend auszustatten sowie;
- Den Sozialpartnern ist eine verpflichtende Mitsprache bei der Ausarbeitung der technischen und der sozialen Normen einzuräumen.

Personenverkehrsdienste stellen spezifische Anforderungen an eine Marktöffnung, daher ist eine überhastete Öffnung des Schienennetzes ohne begleitende Maßnahmen sehr problematisch. Die Erfahrungen aus der Güterverkehrsliberalisierung müssen hierfür genauestens analysiert werden. Für den Personenverkehr müssen jedenfalls Fragen

- der Koordinierung von Fahrkarten und Fahrplänen,
- der Reihung der Verkehre nach ihrem gesellschaftlichen Nutzen (etwa bei der Trassenzuweisung) sowie die Berechnungsmodi des Infrastrukturbenützungsentgeltes

geklärt werden. Beispielsweise hat der internationale Verkehr zwischen Wien und München auch eine wichtige Nahverkehrsfunktion (etwa für den Pendlerverkehr zwischen Wien und St. Pölten). Gerade hier mangelt es aber an einer klaren Zuordnung und Abgrenzung der öffentlichen Förderungen für Tarifmaßnahmen für den nationalen bzw. internationalen Verkehr. Dementsprechend kritisch war auch die Beurteilung einer möglichen Liberalisierung des öffentlichen Personenverkehrs durch das Europäische Parlament (vgl Meijer Bericht über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen C5-0326/2000).

Die Europäische Kommission beabsichtigt im Rahmen des dritten Eisenbahnpaketes auch eine Verordnung über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr, die eine substanzielle Verbesserung für die Reisenden bringen soll. Vorbild für diese zukünftige Regelung sollen die Fluggastrechte sein. Derzeit haben Benützer der Eisenbahn vergleichsweise geringe Ansprüche auf Entschädigung da sie de facto nur auf freiwilliger Basis von den Eisenbahnunternehmen gewährt werden. Vorliegender Entwurf stellt daher einen wichtigen Schritt bei der Schaffung eines EU-weit einheitlichen und verbindlichen Rechtsschutzes auf hohem Niveau für die Fahrgäste von Eisenbahnunternehmen dar.

Auf das Regelungsvakuum auf europäischer Ebene hat der nationale Gesetzgeber jedenfalls nicht reagiert und es fehlen weiterhin zahlreiche Festsetzungen, die von sämtlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen eingehalten werden müssen. Bei den fehlenden, allgemein gültigen Standards handelt es sich nicht nur um Detailfragen (wie die Ausstattung der WC-Anlagen) sondern auch um sicherheitsrelevante Vorschriften (wie Inhalt und Dauer der Ausbildung des Personals). So existieren beispielsweise, historisch bedingt, detaillierte Regelungen für Ausbildung, Unfallvorschriften, Vorfallduntersuchung, Verfahrensweisungen für Mitarbeiter in Gleisbereichen und dergleichen mehr vielfach nur in innerbetrieblichen Norm- und Regelwerk der ÖBB oder der österreichischen Privatbahnen für ihren Betrieb auf dem jeweils eigenen Streckennetz. Ebenfalls verabsäumt hat es die Behörde einen einheitlichen, allgemein gültigen Rahmen auch hinsichtlich der Kontrollmöglichkeiten und einzusetzender Kontrollorgane zu schaffen. Vielmehr wird über die Konstruktion der Sicherheitsbescheinigung ein Teil der Verantwortung für die Sicherheit und den laufenden Betrieb den ÖBB übertragen, ohne zu regeln, wie

die ÖBB (Netz) die Anforderungen an die Eisenbahnverkehrsunternehmen zu überprüfen hat, bzw wie und durch wen die laufende Kontrolle durchzuführen ist.

Ebenso gibt es in Bereichen, die nicht direkt dem Eisenbahnrecht (wie Eisenbahngesetz und Bundesbahngesetz) entstammen, eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen, die den Schienenverkehr nur unzureichend berücksichtigen. Das trifft einerseits auf die technische Kontrolle von Betriebsmitteln und andererseits auf die Lenk- und Ruhezeiten für das sicherheitsrelevante Personal zu. In diesen Bereichen ist es dringend erforderlich, dass ein einheitlicher, transparent handhabbarer Gesetzesrahmen entsteht, der auch durch technische Einrichtungen (Tachograph) kontrolliert werden kann. Es gilt jedenfalls zu vermeiden, dass die bestehenden arbeitszeitlichen Regelungen im Schienenverkehr ebenso ausgehöhlt werden, wie bereits heute im Straßenverkehr.

Auf die Straße übertragen hieße die derzeitige unregelmäßige Situation bei der Schiene beispielsweise, dass die ASFINAG anhand einer internen, durch das Ministerium nur genehmigten Geschäftsordnung, die StVO ändert, die Kriterien für die Erlangung eines Führerscheins festsetzt, die Straßenmeistereien koordiniert und für die Exekutive die Einsatzpläne gestaltet sowie die Gehälter für den Großteil der Exekutive – die beim System Schiene de facto nicht einmal vorhanden ist - zahlt.

Dass diesem Regelungsvakuum entgegengewirkt werden kann, zeigen die Beispiele zahlreicher Mitgliedsstaaten. So gibt es in Deutschland einen Lokführerschein, der im Gegensatz zur österreichischen Triebfahrzeugführerverordnung nicht nur einen allgemeinen Rahmen vorgibt. In Frankreich sind Regelungen über eine Eisenbahnverkehrsordnung, Tauglichkeitsprüfungen und die Aus- und Weiterbildung des Personals eigens für die Marktöffnung ausgearbeitet worden. Nur einige wenige Länder, darunter leider auch Österreich, haben es verabsäumt den durch die EU-Rechtssprechung überlassenen Spielraum auszuschöpfen.

Die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den einzelnen Bahnen werden dadurch keinesfalls aufgehoben sondern es entstehen Nachteile für jene Bahnen, die hohe Standards – etwa bei der Sicherheit oder der Ausbildung - anwenden. Da seit 2003 ein Lokführer von Amsterdam bis Wien und darüber hinaus durchfahren kann, ohne dass ausreichende technische oder soziale Bestimmungen festgelegt sind, sind Zwischenfälle absehbar. Insbesondere im Hinblick auf den bevorstehenden Beitritt der mittel- und osteuropäischen Länder zur EU besteht die Gefahr, dass die Wettbewerbsverzerrungen weiter vergrößert werden.

Um den Wettbewerb nicht zu Lasten der Bahnkunden, der Beschäftigten und der Sicherheit führen zu müssen ist ein konsistenter Gesetzesrahmen zu schaffen. Als ein erster Schritt sind (nationale) Regelungen über:¹

- Eine Eisenbahnbau- und Betriebsverordnung sowie eine Eisenbahnverkehrsordnung worin die Bauart, die ordentliche und sichere Benützung der Bahnanlagen und des Rollmaterials eindeutig und klar festgelegt werden;
- Einsatzbedingungen des fahrenden Personals und der Betriebsbediensteten samt Kontrolle der Lenk- und Ruhezeiten sowie Aus- und Weiterbildungskriterien (Inhalte, Dauer, Prüfung) und die dazu erforderlichen physischen und psychischen Voraussetzungen;
- klare und transparente Verantwortlichkeiten zwischen der öffentlichen Behörde, den Infrastrukturbetreibern und den Eisenbahnverkehrsunternehmen;

1) Vgl: „Eisenbahnliberalisierung: Sicherheit am Abstellgleis?“ Anforderungen für einen fairen Wettbewerb auf Österreichs Schienen. Verkehr und Infrastruktur Band 15, Arbeiterkammer Wien, Wien 2003

- Kontroll- und Sanktionsbestimmungen bei Verstößen gegen die Sicherheitsvorschriften;

zu erlassen.

Darüber hinaus ist das BMVIT, oder eine neu zu schaffende, völlig unabhängige Stelle, mit den nötigen Ressourcen so auszustatten, dass diese ihren Aufgabe bei der Konzessionsvergabe und der Sicherheitsbescheinigung, auch in Hinblick auf die laufende Überprüfung, gerecht werden kann. Die „Eisenbahnaufsichtsorgane“ sind daher mit entsprechenden polizeilichen Rechten auszustatten.

Effektivität der Marktöffnung

Lanciert wurde, die Eisenbahnpakete um die Anteile des Schienenverkehrs am Gesamtgüterverkehrsaufkommen zu erhöhen. Dies sollte nach dem Willen der Europäischen Kommission über eine Netzöffnung erfolgen. Der dadurch entstehende Wettbewerb würde zum Wohle aller die notwendigen Verschiebungen im Modal-Split bringen. Die europäische Politik ist, analog zum Straßen- und zum Luftverkehr, auch im Schienenverkehr primär von wettbewerbsrechtlichen Akzenten geprägt. Die klassische Verkehrspolitik im weiteren Sinne, deren Hauptpfeiler unter anderem Raumordnungs-, Wirtschafts-, Umwelt- und Sozialpolitik sind, gerät ins Hintertreffen.

Bis dato ist die Bilanz der 1991 gestarteten Marktöffnung eher ernüchternd. Der Beweis, dass Netzöffnungen und Liberalisierungen automatisch die gewünschten Effekte wie Marktanteilsgewinne, zufriedene Kunden und eine hohe Versorgungsdichte bringen, wurde bisher nicht erbracht. Ein tatsächlicher, lediglich auf Wettbewerb zurückführbarer, quantitativer und qualitativer Sprung bei den EU-Bahnen konnte nicht festgestellt werden. Das Ziel der Eisenbahnpakete, die Anteile des Schienenverkehrs am Gesamtgüterverkehrsaufkommen EU-weit zu erhöhen, wurde eindeutig verfehlt.

Tabelle 1: Entwicklung des Gütertransportes in der EU in 1.000 Mio tkm² (ohne Hochsee- und Flugverkehr³)

	Straße		Schiene		Binnenschiff		Pipeline		Summe	
	in 1.000 Mio tkm	Anteil (tkm) in %	in 1.000 Mio tkm	Anteil (tkm) in %	in 1.000 Mio tkm	Anteil (tkm) in %	in 1.000 Mio tkm	Anteil (tkm) in %	in 1.000 Mio tkm	Anteil (tkm) in %
1970	487	52%	282	30%	102	11%	64	7%	935	100%
1980	717	60%	290	24%	106	9%	85	7%	1.198	100%
1990	974	69%	256	18%	107	8%	70	5%	1.407	100%
1995	1.139	73%	220	14%	114	8%	82	5%	1.555	100%
2000	1.348	74%	249	14%	125	7%	85	5%	1.807	100%

Quelle: EUROSTAT 2002, eigene Berechnung

2) tkm: Tonnenkilometer

3) Anteile 2001 unter Mitberücksichtigung der Hochseeschifffahrt (intra-EU): Straße 45%, Schiene 8%, Binnenschifffahrt 4%, Pipeline 3% und Hochseeschifffahrt (intra-EU) 40%.

Tabelle 2: Entwicklung des Personenverkehrs in der EU (ohne Flugverkehr) in 1.000 Mio pkm⁴

	PKW		Schiene		Bus		Tram + Metro		Summe	
	in 1.000 Mio pkm	Anteil (pkm) in %	in 1.000 Mio pkm	Anteil (pkm) in %	in 1.000 Mio pkm	Anteil (pkm) in %	in 1.000 Mio pkm	Anteil (pkm) in %	in 1.000 Mio pkm	Anteil (pkm) in %
1970	1.582	75%	219	10%	269	13%	39	2%	2.109	100%
1980	2.295	78%	248	8%	348	12%	41	1%	2.932	100%
1990	3.199	82%	268	7%	369	10%	48	1%	3.884	100%
1995	3.506	83%	274	7%	382	9%	47	1%	4.209	100%
2000	3.789	83%	303	7%	413	9%	53	1%	4.558	100%

Quelle: EUROSTAT 2002

Einerseits steigt die beförderte Menge an Gütern und die Anzahl der beförderten Personen. Andererseits nimmt auch die Länge der zurückgelegten Wege zu. Beim Personenverkehr ist allerdings seit Mitte der 90er Jahre ein Abflachen des Anstiegs festzustellen. Dieser ist primär auf die gebremste Entwicklung des Pkw-Verkehrs zurückzuführen. Der Modal-Split im Frachtverkehr unterliegt weiterhin starken Veränderungen zu Gunsten der Straße. Dabei bleiben die Anteile der Binnenschifffahrt und der Pipelines nahezu konstant, die Bahn verliert an Anteilen.

Tabelle 3: Modal-Split der einzelnen Länder der EU 2001

	Straße	Schiene	Binnenschiff	Pipeline
B	71,0	12,6	13,5	2,8
DK	73,2	8,6	0,0	18,3
D	69,5	14,7	12,8	3,1
EI	98,0	2,0	-	-
E	87,6	7,5	-	4,8
F	77,8	14,3	1,9	6,0
IRL	93,3	6,7	-	-
I	87,9	8,1	0,1	3,9
L	71,2	17,1	11,7	-
NL	46,6	4,0	43,4	6,0
A	50,4	30,8	4,5	14,3
P	87,2	12,8	-	-
FIN	72,6	25,9	1,4	-
S	60,5	39,5	-	-
UK	83,4	10,3	0,1	6,1
EU-15	75,5	13,1	6,8	4,7

Quelle : EUROSTAT 2003

Die Anteile der Verkehrsträger verlaufen in den einzelnen Staaten höchst unterschiedlich. So hält die Bahn in Schweden und Österreich bei über 30% am Gesamtverkehrsmarkt, 8% in Italien, 14% in Frankreich und der BRD sowie knappe 2% in Griechenland. Dabei ist allerdings festzustellen, dass die Entwicklung und die relative Höhe der Schienenverkehrsanteile unabhängig vom Grad der Liberalisie-

4) pkm: Personenkilometer

nung verlaufen. So zeigen beispielsweise die am weitesten liberalisierten Bahnen wie Großbritannien und Schweden, dass Liberalisierung nicht automatisch zu höheren Anteilen führt.

In Schweden wurde die SJ bereits im Jahr 1988 in zwei Bereiche aufgeteilt. Der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur wurde einer staatlichen Behörde („Banverket“) unterstellt. „Banverket“ übernahm rund 80% des Schienennetzes und die Infrastruktur wurde weitgehend entschuldet. 1999 wurde auch der Fahrplan „Banverket“ übertragen. Seit 1996 ist der Schienengüterverkehr vollständig liberalisiert. Es befahren neben der Staatsbahn „SJ“ etwa zehn kleinere Güterverkehrsunternehmen sowie Betreiber von Nahverkehrszügen das Netz von „Banverket“⁵. Trotz Liberalisierung und deutlicher Erhöhung der staatlichen Mittel konnten keine spezifischen Auswirkungen auf die Verkehrsanteile⁶ festgestellt werden.

Tabelle 4: Staatsausgaben für die schwedischen Bahnen

	1985	1987	1989	1991	1993	1995
Staatsbeiträge netto in Mio. €	302	241	406	535	796	1.197

Quelle: Österreichische Gesellschaft für Politikberatung und Politikentwicklung: „Privatisierung und Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in der EU Teil 1: Eisenbahnen und ÖPNV“, Wien 2002

Tabelle 5: Transportmenge auf Straße und Schiene in Schweden in 1.000 Mio tkm

	1990	1995	2002	1990-2002
Straße	26,5	29,3	30,0	+13%
Schiene	19,1	19,4	19,1	+/-0%

Quelle : EUROSTAT 2003

In Großbritannien wurde nicht nur das Erbringen von Verkehrsleistung, sondern auch die Infrastruktur privatisiert und der staatlichen Aufsicht entzogen. Diesem Schritt folgte der völlige Niedergang der Infrastruktur durch den Bankrott des Infrastrukturbetreibers Railtrack und die größte Krise im europäischen Eisenbahnwesen. Railtrack wurde nach deren Versagen unter staatliche Aufsicht gestellt. Eine Qualitätsoffensive im britischen Eisenbahnwesen konnte, trotz massiver Steigerung der staatlichen Zuschüsse, nicht erreicht werden (vgl dazu auch Kapitel 2.8.). Gerade in Großbritannien ist davon auszugehen, dass eine Reform des ehemaligen Unternehmens British Rail zu weitaus effektiveren Ergebnissen geführt hätte. Dies um so mehr, als dadurch nur geringere staatliche Mittel über einen kürzeren Zeitraum notwendig gewesen wären⁷.

Insofern scheint die Öffnung der Netze nicht das geeignete Mittel darzustellen, einen nachhaltigen Verkehr zu gewährleisten. Vielmehr bedarf es anderer, effizienterer Maßnahmen um die Bahnen im Verkehrsträger übergreifenden Wettbewerb zu stärken, als sie nur dem Dogma der Liberalisierung zu unterwerfen. Anhand des Alpentransits ist zu erkennen, dass die bereits weiter oben skizzierten, in den einzelnen Ländern sich äußerst unterschiedlich entwickelnden Anteile der Bahnen am Gesamtverkehrsaufkommen nicht per se entstehen, sondern vielmehr ein Ergebnis der Verkehrspolitik in der EU und den einzelnen Mitgliedsstaaten sind. Im Gegensatz zur Schweiz, die eine äußerst restriktive Stra-

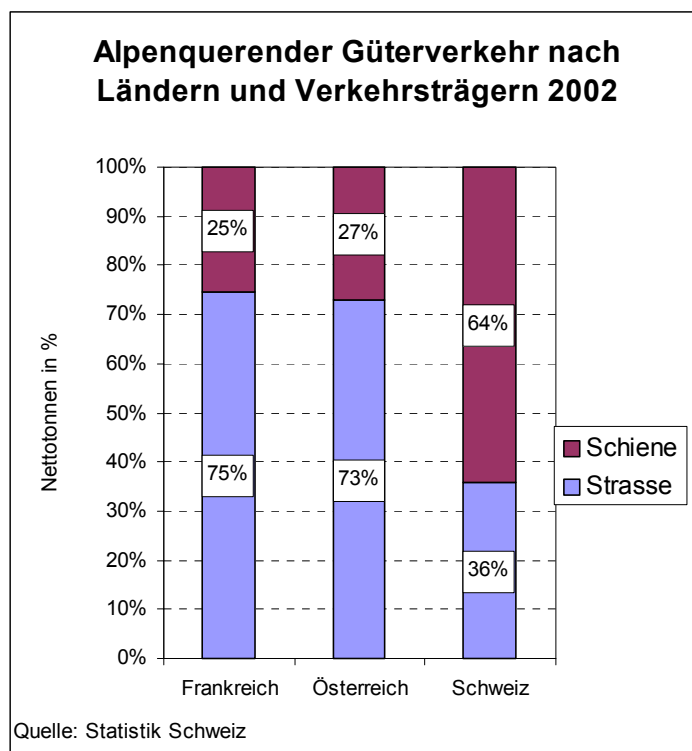
5) Österreichische Gesellschaft für Politikberatung und Politikentwicklung: „Privatisierung und Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in der EU Teil 1: Eisenbahnen und ÖPNV“, Wien 2002

6) Harald Voitl: „Europäisches Eisenbahnwesen aus Sicht der Gewerkschaft der Eisenbahner“, Vortrag im Rahmen des Lok-Pool Meetings der SCHIG am 20.2.2004

7) James Knapp: „Privatisation of British Rail“ ITF-Railway Info 1999, London 1999

ßenverkehrspolitik betreibt, wirkt sich die „straßenfreundlichere“ Politik in Frankreich und Österreich deutlich auf die Verkehrsmittelwahl und deren Entwicklung im Transit aus. Die Schweiz hat, obwohl sie kein EU-Mitglied ist, die Richtlinien der EU zur Eisenbahnliberalisierung inhaltlich ins nationale Recht übernommen. Allerdings gibt es, im Unterschied zu den meisten Mitgliedstaaten der Union, in der Eidgenossenschaft ein klares Bekenntnis zu einer starken und effizienten Bahn. Dies äußert sich einerseits in einer Reform der SBB (vgl Kapitel 2.7.) und vor allem in geschickten Verhandlungen mit der EU. So konnte unter anderem, im Gegensatz zu den beschämenden österreichischen Ergebnissen im Rahmen des Transitvertrages, die schweizerische fahrleistungsabhängige Maut auf dem gesamten Straßennetz durchgesetzt werden, können wesentlich höher Mautsätze verlangt werden und sind Quersubventionierungen unproblematisch. Getragen wird die schweizerische Verkehrspolitik von einem breiten Konsens in der Bevölkerung und daher von einer stärkeren Präsenz der Bahn in der Fläche und dementsprechenden Akzenten in der Raumordnung.

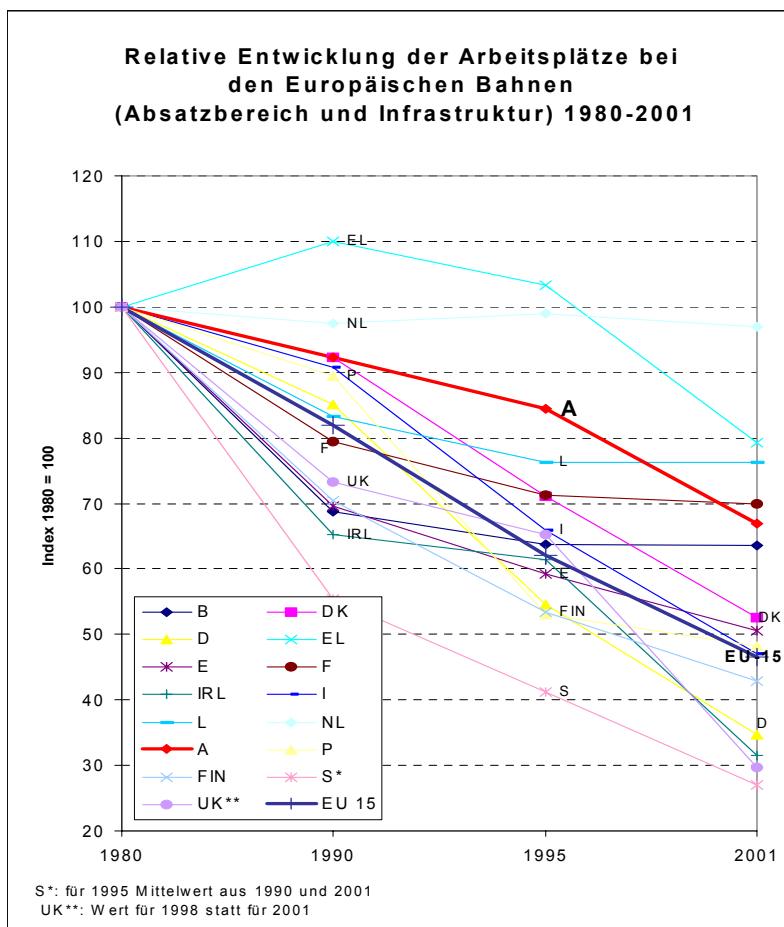
Grafik 1: Alpenquerender Güterverkehr 2002:



Es ist bereits abzusehen, dass die kürzlich präsentierte EU-Wegekostenrichtlinie keine geeignete Basis für eine verbesserte Nutzung des bestehenden Straßennetzes bzw für eine erhebliche Verringerung der negativen Auswirkungen des Straßengüterverkehrs darstellt. Sichergestellt würde lediglich, dass die erfolgreichen Maßnahmen der Schweiz keinesfalls Einzug ins nationale Recht halten können. Dementsprechend steht Österreich knapp vor der Erweiterung der EU vor dem verkehrspolitischen Chaos: Einerseits ist die ÖBB durch die unnötige Zersplitterung und Neuorganisation im Zuge der so genannten ÖBB-Reform schwerst angeschlagen und substantiell gefährdet (vgl Kapitel 2.2.). Andererseits wurden die verkehrspolitischen Rahmenbedingungen durch die Nichtverlängerung des Transitvertrages weiter zu Gunsten der Straße verändert. Während das erst am 1. Jänner 2004 eingeführte Lkw-Road-Pricing durch die neue Wegekostenrichtlinie gefährdet erscheint, soll die Schienenmaut (Infrastrukturbenutzungsentgelt) in wenigen Jahren massiv erhöht werden. Zwar konnte bei den transportierten Mengen europaweit kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen relativer Höhe der Schienenver-

kehranteile und dem Grad der Liberalisierung festgestellt werden. Die Liberalisierung der Bahnen brachte allerdings einen sprunghaften Anstieg der Anzahl der Unternehmen. Alleine auf dem deutschen Netz nahm die Anzahl der Anbieter von Güterverkehrsleistung auf über 140 zu. In Österreich gibt es ua mit der LTE (Logistik- und Transport GmbH), der WLB (Wiener Lokalbahn) und der Steiermarkbahn ebenfalls „neue“ Anbieter. Es sind, zumindest betriebsintern, ebenfalls grundsätzliche Verschiebungen innerhalb der Leistungserbringung bei den Bahnen festzustellen. So konnte beispielsweise die ÖBB seit 1996 ein jährliches Umsatzplus erwirtschaften. Diesem Umsatzplus stehen aber wesentlich stärker gestiegene Verkehrsleistungen gegenüber. Dementsprechend stark dürfte sich der Wettbewerbsdruck auf die Bahnen und deren Personalstand sowie deren Erlöse auswirken. Ebenfalls nicht auszuschließen ist, dass die Erhöhung des Wettbewerbsdrucks die Bahnen dazu zwingt, jene Verkehre einzustellen, welche keine ausreichend hohen Gewinnmargen bieten⁸.

Grafik 2: Arbeitsplatzentwicklung bei den europäischen Bahnen:



Quelle EUROSTAT 2003; eigene Berechnung

8) Vortrag von Bernd Malmström, Vorstandsvorsitzender der DB-Cargo, wonach sich die DB-Cargo gegen das Votum der Politik von rund 1.000 Bahnkunden getrennt hat; Podiumsdiskussion bei der Schienen Control GesmbH am 22.11.2002; <http://www.scg.gv.at/SCG/SCG-VERANSTALTUNGEN/DEUTSCHLAND/TEXTE/>

Tabelle 6: Umsatzerlöse, Beschäftigtenzahlen und Bruttotonnenkilometer der ÖBB 1996-2001

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	96-01
Umsatzerlöse GV in Mio €	0,90	0,94	0,93	1,02	1,08	1,17	+29%
Brutto-tkm in Mio	27.927	30.045	35.203	35.456	43.712	41.456	+48%
Personalstand (Absatzbereich)	30.680	27.398	26.471	26.266	25.705	26.341	-14%

Quelle: ÖBB Geschäftsberichte 1998-2002; Wirtschafts- und sozialstatistisches Taschenbuch 2000 und 2003.

Gerade im Bereich der Personalpolitik der einzelnen Unternehmen zeigt sich, dass die Liberalisierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen zumeist auch auf dem Rücken der Beschäftigten erfolgten.

Bei den europäischen Eisenbahnen wurde zwar auch in den 70er und den 80er Jahren Personal abgebaut, dennoch kann man aufgrund der rasanten Entwicklung des Personalabbaus schließen, dass die Liberalisierungsmaßnahmen zumindest zu einer Beschleunigung der Reduktion von Beschäftigten beigetragen haben.

Europäischer Schienengüterverkehrsmarkt

Innerhalb der Europäischen Union erwirtschaftet der Sektor Verkehr (ohne Telekom) 4% des europäischen BIP. Im Bereich des Personen und Warentransportes sind rund 4,3 Mio Personen beschäftigt, das sind etwa 2,9% der gesamten Beschäftigten. Zusätzlich arbeiten 2 Mio Arbeitnehmer in der Verkehrsmittelproduktion und weitere 1,5 Mio im Güterumschlag und in der Lagerhaltung.

Tabelle 7: Kennzahlen der Betriebe der europäischen Verkehrssektoren

	Beschäftigte in 1.000	Umsatz in Mio €	Anzahl der Unternehmen
Schiene	839	42.936	497
Pipeline	4	1.687	254
Straße Personenverkehr	978	53.180	209.792
Straße Güterverkehr	1.992	176.561	448.606
Hochseeschifffahrt	106	34.622	5.407
Binnenschiff	28	3.881	8.659
Flugverkehr	360	77.119	3.056
Summe EU ⁹⁾	4.308	389.986	676.271

Quelle : EUROSTAT 2002

Darüber hinaus induziert der Verkehrssektor jährlich im Bereich der Verkehrsinfrastruktur Investitionen in der Höhe von 1% des EU-BIP. Davon werden 65% im Straßenbau, 25% in der Schieneninfrastruktur und 10% für die Infrastruktur anderer Transportmittel eingesetzt. Über 14% ihres Budgets werden von den Haushalten im Verkehrssektor ausgegeben, dies entspricht über 1.800 € (in Österreich 1.864 €) pro Kopf und Jahr.

Der europäische Schienenverkehr ist eine Branche in der es zu starken Konzentrationen innerhalb der regionalen Märkte kommt. Historisch bedingt und volkswirtschaftlich effizient hatte jedes Land „seine“

9) Ohne Griechenland

Eisenbahn mit der daraus resultierenden Marktmacht. Auf Basis internationaler Abkommen¹⁰ wurde der internationale Güter- und Personenverkehr abgewickelt. Leerfahrten wurden über das EUROP Abkommen, das den einzelnen Bahnen die Verfügungsberechtigung über das Wagenmaterial anderer Bahnen überlässt, großteils vermieden.

Tabelle 8: Anteile der einzelnen Bahngesellschaften und Infrastrukturbetreiber am EU-Schieneverkehr¹¹

Land	Netzlänge in km	Anteil am EU-Netz	Anteil am EU Schienen-GV (tkm)	Anteil am EU Schienen-PV (pkm)	Anteil ¹² an den EU Erträgen im GV	Anteil an den EU Erträgen im PV
D	37.536	24,6%	30,6%	22,9%	37,0%	50,2%
F	31.589	20,7%	22,5%	22,3%	28,6%	17,7%
UK	16.984	11,1%	7,2%	12,2%	-	-
I	16.108	10,5%	9,4%	17,4%	8,2%	10,3%
E	12.319	8,1%	4,9%	6,5%	3,8%	4,4%
S	10.799	7,1%	7,9%	2,4%	3,9%	3,4%
FIN	5.836	3,8%	4,1%	1,2%	3,9%	1,3%
A	5.643	3,7%	6,4%	2,8%	8,8%	2,7%
B	3.472	2,3%	3,2%	2,4%	4,8%	2,6%
P	2.813	1,8%	0,8%	1,6%	0,7%	0,6%
NL	2.808	1,8%	1,6%	5,1%	-	6,6%
DK	2.324	1,5%	0,9%	1,9%	-	-
EL	2.299	1,5%	0,1%	0,6%	0,2%	0,2%
IRL	1.919	1,3%	0,2%	0,5%	-	-
L	274	0,2%	0,2%	0,1%	-	-
EU-15	152.723	100%	100%	100%	100%	100%

Quelle: EUROSTAT 2001, Statistik Austria 2001, eigene Berechnung

Die Öffnung sämtlicher Netze im grenzüberschreitenden Güterverkehr sollte mehr Wettbewerb ermöglichen und, nach dem Willen der EK, den Bahnen einen höheren Anteil am Gesamtverkehr bringen. Die Marktkonsolidierung brachte in erster Linie eine gewaltige Fusionswelle und zahlreiche Kooperationen mit sich. Aus den vormals nationalen Playern, sind – ähnlich der Telekombranche – europaweit tätige Gesellschaften geworden. Es ist abzusehen, dass nur einige wenige Unternehmen diese „Bereinigung“ überstehen werden. Beispielhaft seien hier die Strategien der beiden größten europäischen Bahnen, jene der DB (BRD) und jene der SNCF (F), dargelegt. Die DB-AG hat die aggressivste Marktstrategie gewählt. Durch Zukäufe sollte die Marktposition gestärkt werden. Hierfür erhöhte die DB-AG ihre Anteile an der Stinnes-Gruppe auf über 99% und kaufte die ehemaligen dänischen und niederländischen Güterbahnen (NS und DSB).

„Stinnes wird künftig im Deutsche-Bahn-Konzern als Führungsgesellschaft für alle Transport- und Logistikaktivitäten verantwortlich sein. Unter dem neuen Konzerndach werden Schenker sowie die Güter-

10) Wie RIV (Regolamento Internazionale Veicoli) und RIC (Regolamento Internazionale Carozze)

11) PV = Personenverkehr, GV = Güterverkehr, pkm = Personenkilometer, tkm = Tonnenkilometer.

12) Anteil innerhalb der Länder B, D, EL, E, F, I, NL (nur PV), A, P, FIN, S, ohne Erträge aus Infrastruktur und ohne Abgeltungen gemeinwirtschaftlicher Leistungen (wie ROLA, gestützter Pendlerverkehr uä), gerundet.

verkehrsaktivitäten der Bahn, bestehend aus DB Cargo, Railion Benelux (Niederland) sowie Railion Denmark, zusammengeführt. Zur stärkeren Vereinheitlichung werden zudem die Gesellschaften unter dem einheitlichen Firmennamen Railion auftreten. Die Vertriebsfunktionen der heutigen DB Cargo – mit Ausnahme des Vertriebs von Schienenleistungen, der auch künftig durch die Railion-Gesellschaften erfolgen wird – werden künftig von Stinnes unter dem Geschäftsfeld Freight Logistics geführt. Hinzu kommen die Geschäftsfelder Schenker sowie Intermodal (2 Speditionen Anm), unter dem der kombinierte Verkehr des neuen Unternehmens angesiedelt ist. Teil der neuen Stinnes AG werden neben diesen operativen Feldern auch weiterhin einzelne Stabsfunktionen sein, wie zum Beispiel Personal, Controlling und Finanzen.“¹³

Zudem zählen zur Stinnes Gruppe neben dem Verkehrsbereich (6,2 Mrd € Umsatz, davon rund 3,2 von der DB-Cargo) ebenfalls die Geschäftsfelder der Chemie (4,3 Mrd € Umsatz) und die der Werkstoffe (1,1 Mrd € Umsatz).

Eine Allianz zwischen der DB und der polnischen PKP ist zwar seit Jahren im Gespräch, wurde allerdings noch nicht verwirklicht. Realisiert wurde hingegen der Ankauf von 20% der schweizerischen Bern-Löschbergbahn (BLS). Ebenso erworben wurden 30% Anteil an der privaten italienischen Eisenbahngesellschaft Rail Traction Company (RTC). Diese betreibt Verkehre über den Brenner. Mit der Brenner-Rail-Cargo-Allianz, ist die DB auf der Brennerroute somit in 2 Gesellschaften aktiv.

Die Strategie der SNCF ist bei weitem nicht derart kapitalintensiv. Vielmehr wird versucht, über Allianzen die Marktposition zu verbessern. Über die „Fret International“ wurden Außenstellen in Deutschland, Österreich, Belgien, Spanien, Italien, Niederlanden, Polen und weiteren europäischen Ländern gegründet. Es wird die komplette Dienstleistungspalette im Verkehrsbereich angeboten und es sollen Verkehrsdienstleister – also auch andere Bahnen – an die SNCF gebunden werden. Es gibt bereits zahlreiche Kooperationen, unter anderem mit der DB und der ÖBB. Diese umfassen vor allem Transporte von, über und nach Frankreich. Die Strategie der SNCF entspricht jener der meisten europäischen Bahnen. Über Kooperationen und Allianzen wird versucht, international zu reüssieren.

Auszugsweise werden diese für Österreich im Folgenden dargestellt:

- Brenner-Rail-Cargo-Allianz (BRC): Allianz zwischen Österreichische Bundesbahnen (ÖBB), die Deutsche Bahn (DB) und Trenitalia (FS) für den grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr auf der Brennerroute.
- TEE Rail Alliance: Strategische Allianz zwischen DB, SBB und ÖBB. Über die Harmonisierung der Betriebskonzepte sollen den Kunden verbesserte integrierte, grenzüberschreitende Angebote gemacht werden. Der gemeinsame Einkauf von Fahrzeugen soll erhebliche Kostenreduktionen ermöglichen.
- Rail4chem und Logistik- und Transport-GmbH (LTE, Tochtergesellschaft der GKB und der Porr AG): Containerverkehre zwischen Duisburg und Graz sowie Ganzzüge von Poprat (SK) nach Luxemburg.
- Tx-Logistik (BRD) – LTE (A) -Trenitalia FS (I): Allianz für Verkehre über den Brenner.

13) Geschäftsbericht Stinnes Logistics 2002

Österreichischer Schienenverkehrsmarkt

Der österreichische Schienenverkehrsmarkt ist ähnlich konzentriert wie der europäische. De facto gibt es nur einen größeren Anbieter. Trotz der relativ geringen Größe Österreichs, sind die ÖBB der fünftgrößte Player im Schienengüterverkehr innerhalb der EU.

Tabelle 9: Österreichische Eisenbahnunternehmen

Unternehmen	Netzlänge in km	Anteil Netz	Beförderte Personen (in 1.000 pkm)	Anteil am österr Personenverkehr (pkm)	beförderte Güter (in 1.000 tkm)	Anteil am österr Güterverkehr (tkm)
ÖBB*	5.617	90,5%	8.240.000	98,0%	17.346.000	98,69%
Steiermärkische Landesbahnen (SLB)	125	2,0%	23.459	0,3%	2.883	0,02%
Graz Köflacher Bahnen	97	1,6%	kA	KA	11.242	0,06%
Raab Ödenburger Bahnen (ROeBB)	79	1,3%	17.274	0,2%	194.113	1,10%
Linzer Lokalbahn AG	59	1,0%	55.504	0,7%	1.533	0,01%
Salzburg AG	35	0,6%	kA	kA	7.093	0,04%
Zillertalbahn**	30	0,5%	27.469	0,3%	8.246	0,05%
Stubaitalbahn**	18	0,5%	8.980	0,1%	kA	kA
Sonstige Bahnen (12)	135	2,2%	33.500	0,4%	6.000	0,03%
Gesamt	6.208	100%	8.406.299	100%	17.577.110	100%

*) teilweise Schmalspur **) Schmalspur

Quelle: Eisenbahnstatistik der Republik Österreich 2003

Tabelle 10: ÖBB-Geschäftszahlen 2002

ÖBB Geschäftsbereiche 2002	Umsatz in Mio €	Beschäftigte
Absatz	2.624	25.804
Personenverkehr	1.051	6.605
Güterverkehr	1.185	3.432
Infrastruktur		21.205
Beitrag des Bundes gem § 2 BBG zum Betriebsergebnis	1.004	-
Beitrag des Bundes gem § 2 BBG zum Finanzergebnis	193	-

Quelle: ÖBB Geschäftsbericht 2002

Tabelle 11: Kennzahlen ÖBB Personenverkehr

	Fahrgastkilometer in Mio	Fahrgäste in 1.000
Regionalverkehr	4.805	158.400
Fernverkehr	3.495	26.400
davon Auslandsverkehr	1.680	7.705
Insgesamt	8.300	184.800

Quelle: „Zahlen Daten Fakten“ ÖBB 2002

Tabelle 12: Kennzahlen ÖBB Güterverkehr

	Tonnenkilometer in Mio	Beförderte Tonnen in 1.000
Wagenladungsverkehr gesamt	17.627	87.215
Inlandsverkehr	4.114	21.503
Internationaler Verkehr	13.513	65.008

Quelle: ÖBB Geschäftsbericht 2002

Während die ÖBB sowohl national als auch international zahlreiche Verkehrsleistungen anbieten, beschränken sich die meisten anderen Bahnen auf den regionalen inländischen Markt bzw bedienen nur einige wenige Relationen. Dabei ist allerdings festzustellen, dass zahlreiche kleinere Bahnen Vorbereitungen für den internationalen Markt treffen, oder bereits selbst transnationale Verkehre (wie die WLB, die ROeBB) anbieten. Diese halten sich allerdings noch in einem sehr überschaubaren Rahmen.

Neben den oben angeführten „traditionellen“ Bahnen existieren seit der Liberalisierung der europäischen Bahnen weitere Unternehmen. Diese unterscheiden sich prinzipiell dadurch, dass sie kein eigenes Netz besitzen. Sie bieten daher nur Verkehrsleistung an. Zu diesen Unternehmen zählen unter anderem die LTE und die Steiermarkbahn. Erstere ist eine Tochtergesellschaft der Graz Köflacher Bahnen (GKB) und der Baufirma Porr (je 50%). Die Steiermarkbahn wurde 2000 gegründet, befindet sich im Besitz des Landes Steiermark und erbringt in enger Kooperation mit den Steiermärkischen Landesbahnen (ebenfalls im Besitz des Landes) Transportleistungen. Zum Unterschied zur Steiermärkischen Landesbahn hat die Steiermarkbahn allerdings eine Österreich weit gültige Konzession. Gefahren würde, so die Steiermarkbahn, ausschließlich mit Personal der Landesbahnen. Die CargoServ nimmt insofern eine Sonderrolle ein, da sie zwar in Kooperation mit der Wiener Lokalbahn (WLB) grenzüberschreitenden Güterverkehr durchführt, als Tochterunternehmen der „Logistik Service GmbH“ der VOEST-Alpine besitzt sie allerdings eine eigene Betriebsgleisanlage. Bis dato beschränken sich diese Unternehmen auf bestimmte Streckenabschnitte. So fährt die WLB in Kooperation mit der CargoServ bis Bremen, die Steiermarkbahn hat ua die Transporte zum Terminal Werndorf organisiert. Die LTE (Transport-GmbH) ist zweifelsfrei jene „neue“ österreichische Bahn, die am meisten am internationalen Markt präsent ist. Sie betreibt Verkehre zwischen Graz und Duisburg, zwischen Poprat (SK) und Luxemburg, zwischen Wien und der Slowakei sowie über den Brenner.

Bis dato haben sich diese Unternehmen auf Nischenmärkte beschränkt und sind nicht in direkte Konkurrenz zu den traditionellen Bahnen getreten. Laut Angaben des Geschäftsführers der LTE werden allerdings Transportangebote seiner Bahn dafür verwendet, um bei der ÖBB bessere Konditionen zu erhalten¹⁴. Beide Unternehmen befinden sich zumindest über Umwege teilweise in Bundesbesitz. So hält der Bund 100% an der ÖBB und die GKB (eine 100%-Tochter des Bundes) hält 50% an der LTE. Insofern haben wir hier jene skurrile Situation, dass ein Bundesunternehmen die Preise eines anderen Bundesunternehmens drückt.

Abkürzungen: AEIF = Agence Européenne pour l'Interopérabilité Ferroviaire; ÖPNV = Öffentlicher Personennahverkehr; SCHIG = SchieneninfrastrukturfinanzierungsGmbH; LTE = Logistik- und Transport GmbH; WLB = Wiener Lokalbahn; RIV = Regolamento Internazionale Veicoli; RIC = Regolamento Internazionale Carozze; ROLA = Rollende Landstrasse

14) Vortrag von Gerhard Eibinger anlässlich des Lok-Pool Meetings der SCHIG am 20. Februar 2004.

2.2. Die Bundesbahnstrukturreform 2003

Sylvia Leodolter

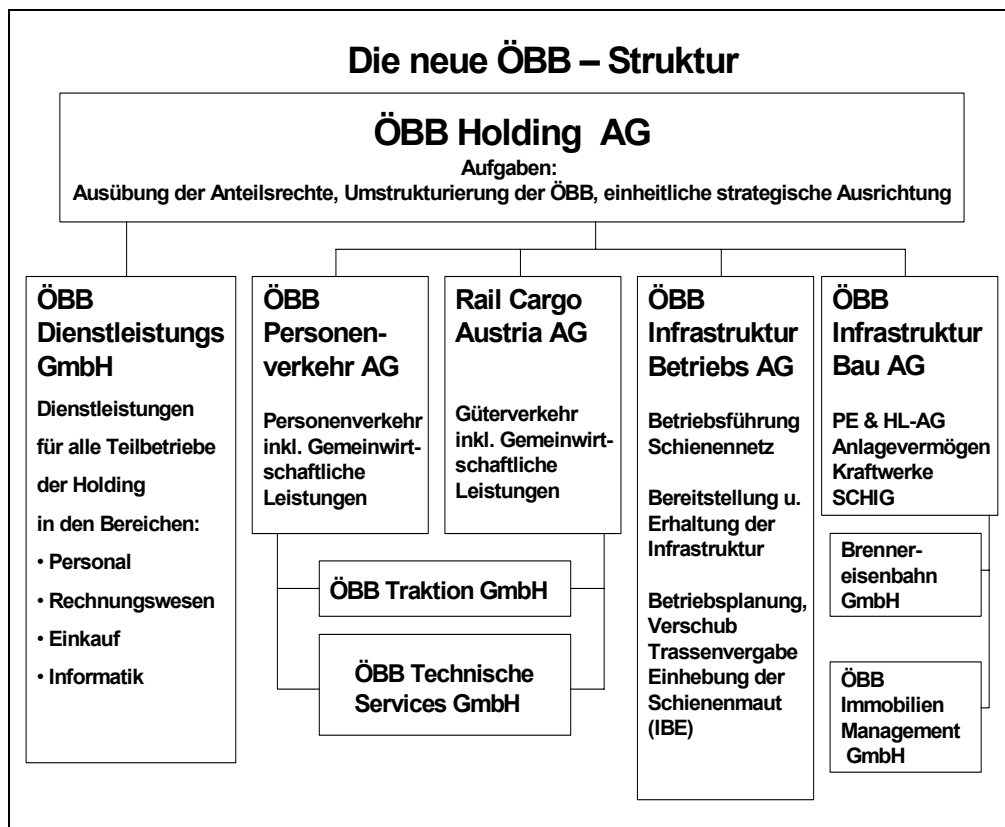
Seit dem Jahr 2000 hat sich die österreichische Bundesregierung eine Bahnstrukturreform im Rahmen ihrer jeweiligen Koalitionsübereinkommen vorgenommen. Im ersten Koalitionsübereinkommen zwischen FPÖ und ÖVP ist zum Kapitel Eisenbahnen festgehalten: „Bei den Infrastrukturgesellschaften wird der Selbstfinanzierungsgrad deutlich verbessert und die dafür erforderlichen strukturellen und organisatorischen Maßnahmen gesetzt: Die Vorschläge der Vorstände haben als einen Schwerpunkt insbesondere eine Neustrukturierung des gesamten Bahnbereiches zu beinhalten. Im Interesse der Verbesserung des Wettbewerbs sowie zur Optimierung der unterschiedlichen Geschäftsfelder soll eine gesellschaftsrechtliche Trennung der Bereich Absatz und Infrastruktur der ÖBB erfolgen. Der Bereich der Infrastruktur soll dabei mit den Gesellschaften SCHIG und HL-AG zusammengeführt werden, wobei die Maastricht-Konformität dieser Neustrukturierung sichergestellt sein muss. Darüber hinaus sind weitere Maßnahmen, wie eine Evaluierung und Optimierung der Investitionsplanung und –umsetzung, eine umfassende Reform des Dienstrechtes und der Dienstordnung (ua Jahresarbeitszeitmodelle), eine Optimierung des Immobilienmanagements usw zu erarbeiten und umzusetzen.“ In der Folge wurden mehrere Strukturmodelle diskutiert, die meist zumindest von einer Dreiteilung ÖBB AG, Schieneninfrastruktur-Betriebs AG und Schieneninfrastruktur-Besitz AG mit mehreren Töchtern ohne eine übergeordnete Holding ausgegangen sind. Auch im Regierungsprogramm 2003 wird als Ziel eine Neuordnung von ÖBB und SCHIG (Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesellschaft) vorgegeben, wobei als wesentliche Maßnahmen die Integration der SCHIG-Finanzierung in die ÖBB, die Schaffung einer Holding-Struktur mit „selbständigen, eigenverantwortlichen Rechtsträgern“ und die Beteiligungsverwaltung über die ÖIAG bzw nach deren geplanter Auflösung über die zu gründende Bundesbeteiligungs- und Managementgesellschaft genannt werden. Explizit definiert das Regierungsprogramm, dass „für die ÖBB keine Privatisierung vorgesehen“ ist, wie für die meisten derzeit von der ÖIAG gehaltenen Beteiligungen des Bundes.

Schließlich legte die Bundesregierung Anfang Oktober 2003 den Entwurf für eine ÖBB-Reform (Bundesbahnstrukturgesetz 2003 und ÖBB-Dienstrechtsgesetz sowie Änderungen des Bahn-Betriebsverfassungsgesetzes) mit einer äußerst knappen Begutachtungsfrist und der dezidierten Absicht vor, diese Reform noch im Dezember 2003 im Parlament zu beschließen. Dieser Entwurf sah eine Zerschlagung der bislang integrierten ÖBB und eine umfangreiche Demontage des Dienstrechtes der Eisenbahner vor. Als Ziele der vorgeschlagenen Maßnahmen nannte die Regierung „Reduktion des Finanzierungsbedarfes der öffentlichen Hand durch Effizienzsteigerung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der ÖBB“. In Folge der Vorlage dieser Reform kam es zu massiven Protesten der Opposition und vor allem der betroffenen Gewerkschaft, welche in einem in der zweiten Republik bisher einzigartigen Streik der Eisenbahner mündete, der den Bahnverkehr für drei Tage völlig lahm legte und die Regierung zwang, die geplanten Dienstrechtsänderungen zurückzuziehen und Anpassungen dienstrechtlicher Vorschriften an Verhandlungen zwischen der Unternehmensleitung der ÖBB und der Personalvertretung zu delegieren, die bis Ende April 2004 abgeschlossen werden sollen.

Während die ebenfalls der Öffentlichkeit vorgestellten letzten Entwürfe vom Sommer 2003 zur Neuorganisation noch von einer Holding AG mit „nur“ vier unabhängigen Teilgesellschaften sprachen (alle in Form einer AG außer die Personalgesellschaft, die als GmbH konzipiert war), enthielt der letzte Ent-

wurf fünf direkte Tochtergesellschaften und weitere drei (mit BEG Brenner Eisenbahn GmbH als Beteiligung) Enkel-Gesellschaften unter dem Dach einer ÖBB-Holding AG. Im Begutachtungsverfahren und in der öffentlichen Diskussion wurden massive Bedenken nicht nur von den Gewerkschaften und der Arbeiterkammer bzw den Oppositionsparteien, sondern auch vom Rechnungshof, der Landeshauptpleu-tekonzferenz, vom Städtebund und von namhaften Experten, wie dem Chef der Schweizer Bundesbahnen Weibel, dem Wirtschaftswissenschaftler und Ex-Vizepräsidenten der europäischen Investitionsbank Nowotny, dem Grazer Eisenbahnprofessor Rießberger, dem TU-Wien Verkehrswissenschaftler Knoflacher und dem Verkehrsclub Österreich (VCÖ) eingebracht. Sogar das Land Vorarlberg verlangte ein Rückziehen des Gesetzes und das Land Kärnten lehnte den Entwurf in seiner Stellungnahme ab. Es kam zwar unter größtem Zeitdruck im Parlament noch zu Verhandlungen zwischen den Regierungs- und Oppositionsparteien, diese scheiterten aber daran, dass die Regierung nicht bereit war, substantielle Änderungen der Strukturreform vorzunehmen. Schließlich wurde am 4. Dezember 2003 im Parlament das Bundesbahnstrukturgesetz 2003 mit den Stimmen der Regierungsparteien ohne nennenswerte Änderungen gegenüber dem Gesetzesentwurf beschlossen und trat mit 1. Jänner 2004 in Kraft. Im Gesetz ist vorgesehen, dass die neuen operativen Gesellschaften bis spätestens 31.5.2004 zu gründen sind und die ebenfalls vorgesehenen weiteren Schritte (Spaltungs- und Übernahmeverträge) bis spätestens Herbst 2005 zu erfolgen haben. Grundsätzlich soll die neue ÖBB-Struktur jedoch bis Anfang 2005 umgesetzt sein.

Grafik 3: Die neue ÖBB-Struktur:



Kernelement des Gesetzes ist neben der Holdingkonstruktion weiters, dass laut Regierung durch Reformmaßnahmen Kosteneinsparungen in der Größenordnung von 1 Mrd € jährlich bei gleichbleibenden

bzw leicht steigenden Infrastrukturinvestitionen von ebenfalls 1 Mrd € jährlich erzielt werden sollen. Der Bund wird von den per Ende 2003 rund 10 Mrd € betragenden Finanzschulden von ÖBB-Infrastruktur und SCHIG einen Teilbetrag von 6 Mrd € per Ende 2004 direkt ins Bundesbudget übernehmen. Konkret bedeutet die Reform aber, dass die ÖBB sich auch in Zukunft für den Infrastrukturausbau neu verschulden muss (jährliche Schuldenaufnahme durch die ÖBB von 1 Mrd € vorgesehen) und die so genannte Entschuldung eher als politisches Schlagwort des Finanzministers zu werten ist, da diese Schulden ohnehin durch die Bundesfinanzierungsagentur finanziert wurden und vom europäischen Statistikamt Eurostat deshalb schon längst dem Bund als Teil der Staatsschulden zugerechnet worden sind.

Was die Frage des von der EU geforderten „diskriminierungsfreien Zugang“ zum österreichischen Schienennetz betrifft, ist festzuhalten, dass die alte Struktur der ÖBB in Verbindung mit dem Rail-Regulator bereits vor der Neuorganisation einen fairen und diskriminierungsfreien Netzzugang für andere Eisenbahnverkehrsunternehmen gewährleistet hat und private Bahnen ungehindert am ÖBB-Netz verkehren konnten.

Bewertung und Kritikpunkte der Bahnreform

Die Bundesregierung verfolgt – laut Gesetzesentwurf – mit der geplanten Umstrukturierung der ÖBB das Ziel, die Bahn moderner, wettbewerbsfähiger und transparenter zu gestalten. Gleichzeitig sollen bessere Leistungen für Bürger und Unternehmen geschaffen werden. Erreicht werden soll das Ganze jedoch ausschließlich durch eine Zerteilung der ÖBB in etliche Tochter- und Enkelgesellschaften unter einer so genannten „strategischen“ Holding. Aus Sicht der Arbeiterkammer kann keines der genannten Ziele mit der Bahnreform auch nur annähernd erfüllt werden, weshalb sie den Entwurf und das Bundesbahnstrukturgesetz 2003 vehement abgelehnt hat.

Wesentliche Kritikpunkte im Begutachtungsverfahren waren daher:

- Keine Sicherung der Finanzierung für die Modernisierung und Erhaltung der österreichischen Schieneninfrastruktur.
- Keine betriebs- und volkswirtschaftliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Unternehmenszersplitterung, die zudem wirtschaftlich weder ausgegoren, noch im Detail nachvollziehbar ist.
- Abgesehen vom Budgetsparziel völliges Fehlen von politischen Vorgaben für die Reform und Verlust strategischer Steuerungsmöglichkeiten durch eine „schwache“ Holdingkonstruktion ohne Durchgriffsmöglichkeiten.
- Keinerlei Notwendigkeit einer derartigen Unternehmenszersplitterung aufgrund EU-Recht.
- Negative Auswirkungen auf die Verkehrspolitik sowohl im Personen- als auch im Güterverkehr.
- Keine erkennbar positiven Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der ÖBB in einem liberalisierten Schienenverkehrsmarkt.
- Wirtschaftlich unhaltbare und für die Betroffenen völlig unzumutbare Schaffung der ÖBB-Personalmanagement und -service GmbH.
- Fehlende Berücksichtigung möglicherweise Existenz bedrohender Auswirkungen auf Tochter- und Enkelgesellschaften aufgrund des Vergaberechts.
- Fehlende Berücksichtigung der Umstrukturierungskosten.

Die Finanzierung der Infrastruktur ist im Rahmen der Bahnreform vollkommen inakzeptabel. Die Bundesregierung zieht sich mit dem Gesetz aus der Verantwortung zurück, überlässt der Bahn die Schulden mit dem Hinweis, das Infrastrukturbenützungsentgelt zu erhöhen. Das wird mit großer Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass die Tarife im Personen- und Güterverkehr deutlich angehoben werden müssten. Dies stellt nicht nur eine Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten der Straße und somit eine Bankrotterklärung der österreichischen Verkehrspolitik dar, sondern benachteiligt die Bahn auch künftig gegenüber anderen internationalen Schienenverkehrsanbietern.

Die Zuschüsse der öffentlichen Hand für das System Bahn werden durch eine Unternehmensspaltung nicht geringer, sofern formuliert wird, dass die gleichen Leistungen vorher und nachher erbracht werden müssen. Zuschüsse der öffentlichen Hand können nur dadurch geringer werden, dass Leistungen reduziert oder nicht mehr erbracht werden. Durch den Verkauf von Betriebsvermögen (Kraftwerke, Immobilien) zur Finanzierung von Neuinvestitionen droht auf mittelfristige Sicht gesehen die Substanz des Unternehmens geschwächt zu werden.

Ein zentrales Problem der Neuorganisation der ÖBB besteht darin, dass die Frage der Finanzierung der Schieneninfrastruktur für die Zukunft ungelöst bleibt. Das Gesetz sieht keinerlei Verpflichtung des Bundes vor, die Modernisierung und Erhaltung der Schieneninfrastruktur zu finanzieren. Die Finanzierung erfolgt nur in Form von 6-Jahres-Verträgen, deren Inhalt und Umfang im Gesetz nicht festgelegt ist. Auf die Tatsache, dass das Bundesministerium für Finanzen für die Jahre 2003 bis 2005 kein zusätzliches Geld für Infrastrukturinvestitionen bereitstellt, soll am Rande hingewiesen werden, gleich wie auf die Tatsache, dass die Zinslast für Kredite, die die ÖBB-Infrastruktur Bau AG aufnehmen soll, im Konzern ÖBB verbleibt. Dass die Republik 6,1 Mrd € Schulden aus den Verpflichtungen des Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetzes übernimmt, ist keinesfalls ausreichend, zumal weitere 4 Mrd € an Schulden bei der Infrastruktur AG verbleiben werden. Inwieweit die angedachte ÖBB-Infrastruktur Bau AG eigenständig aus verkehrstechnischen Überlegungen Infrastrukturinvestitionen tätigen kann, sei dahingestellt, wenn sie zur Gänze von den Zuweisungen des Bundesministers für Finanzen abhängig ist.

Auf die Problematik der ÖBB-Personenverkehrs AG sei an dieser Stelle ebenfalls besonders hingewiesen. Nachdem es Überlegungen gibt, das Infrastrukturbenützungsentgelt (IBE) um über 60% bis 2010 anzuheben und es im Bereich der von Gebietskörperschaften bestellten Verkehrsleistungen nicht möglich sein wird, Preiserhöhungen durchzusetzen, wird sich dies à la longue auf den Preis der einzelnen Fahrscheine und Fahrscheinkategorien auswirken. Schätzungen gehen davon aus, dass die Preise im Personenverkehr um 30% steigen könnten.

Auch für den Güterverkehr im Rahmen der Rail Cargo Austria AG stellt sich die Problematik des steigenden IBE. Dort ist mit massiven Marktanteilsverlusten der Schiene zu rechnen, weil aufgrund der verkehrspolitischen Rahmenbedingungen (EU-Erweiterung) auch in Zukunft das Preisniveau im Straßengüterverkehr eher weiter sinken wird. Dies gilt nicht nur für die ÖBB selbst, sondern auch für dritte Eisenbahnen im liberalisierten Schienengüterverkehr, die ebenfalls das steigende IBE zu zahlen haben. Diese durch die Reform ohne wirtschaftliche Notwendigkeit verursachte Verlagerung auf die Straße ist verkehrspolitisch völlig widersinnig.

Dass diese umfassende Umstrukturierung der ÖBB gerade in einer Phase stattfindet, in der das 1. EU-Eisenbahnliberalisierungs-Paket (Öffnung des europäischen Schienennetzes für den grenzüberschreitenden Güterverkehr) umgesetzt wird und zugleich die EU-Erweiterung stattfindet, ist besonders problematisch für die Wettbewerbsfähigkeit des größten österreichischen Bahnunternehmens. Das Unternehmen ÖBB sollte sich in dieser schwierigen Phase eigentlich mit der Konkurrenzsituation auf dem

Markt beschäftigen. Die massiven Umstrukturierungen drohen jedoch dazu zu führen, dass viele Kräfte über Monate, realistischer Weise sogar über Jahre für die interne Reorganisation gebunden werden. Und dies obwohl zahlreiche Studien – auch vom Management der ÖBB selbst - und internationale Erfahrungen keinen Vorteil einer Trennung von Absatz (Erbringung von Verkehrsdienstleistungen) und Infrastruktur erkennen lassen.

Durch die neue Organisation wird die ehemals im internationalen Vergleich durchaus erfolgreiche Struktur der ÖBB als integriertes Unternehmen nicht mehr aufrechterhalten, obwohl seitens der EU eine verpflichtende organisatorische Trennung in verschiedene Unternehmensbereiche keinesfalls – wie häufig fälschlich behauptet wurde - vorgeschrieben wird und integrierte Unternehmen eine Vielzahl von Synergieeffekten lukrieren können, deren Wegfall durch die Trennung alleine von Infrastruktur und Absatz nach einer ÖBB-internen Schätzung (ohne Berücksichtigung der Vertrags- und Abstimmungsprobleme zwischen den anderen Holdingtöchtern und –enkeltöchtern) Mehrkosten von über 100 Mio € auslösen werden.

Bei den neuen ÖBB Struktur wurde offensichtlich außer Acht gelassen, dass Zug und Schiene ein aufeinander abgestimmtes technisches System ist. Dessen Sicherheit ist bei einer Trennung von Zugverkehr (Absatz) und Eisenbahninfrastruktur aufgrund der komplizierten Abstimmung zwischen zwei (und im konkreten Fall bis zu sechs: zwei Infrastruktur-Aktiengesellschaften, Personenverkehrs-AG, RailCargo AG und deren zwei gemeinsame Tochtergesellschaften) getrennten Unternehmen, wegen der neu entstehenden Kommunikationsprobleme und des Verlustes von Synergien deutlich schwieriger zu gewährleisten. Eine Trennung von Infrastruktur und Betrieb wirft im Bereich der Sicherheit erhöhte Schwierigkeiten und unnötige Risiken auf. Da die Wirtschaftlichkeit einer Vielzahl von Investitionen (wie zB Sicherheitseinrichtungen, Gleisadaptierungen, neues Wagenmaterial) nur für ein Gesamtsystem der Eisenbahn nachweisbar ist, wird eine Kostenoptimierung nur dann ermöglicht, wenn das dominierende Verkehrsunternehmen einer Eisenbahnstrecke auch der Betreiber der Infrastruktur ist. Eine bestmögliche Nutzung des Verkehrsträgers Schiene setzt daher die gemeinsame Behandlung von Infrastruktur und Absatz voraus. Getrennte Infrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen führen zu einem suboptimalen finanziellen und technischen System.

Ein integriertes Unternehmen ist im Allgemeinen besser geeignet neue Technologien im Bereich Infrastruktur und Fahrbetrieb zu entwickeln. Systeme wie der TGV, ICE und AVE wurden im Rahmen integrierter Unternehmen entwickelt, die die Anforderungen sämtlicher Glieder des Systems (Rollmaterial, aber auch die dazugehörige Infrastruktur sowie Kontroll- und Sicherheitssysteme, Schnittstellen zwischen ortsfestem und mobilem Personal etc) berücksichtigen konnten. Es ist wenig wahrscheinlich, dass solche Neuerungen in einem System mit völliger Trennung möglich gewesen wären. Ein entsprechender Nachweis wurde bisher nur von integrierten Systemen erbracht. Es soll hier ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass neben der erfolgreichen Schweizer SBB auch in EU-Staaten - unter anderem in Belgien, Luxemburg und de facto in Frankreich - integrierte Bahnen bestehen. Durch die Unternehmenszersplitterung handeln wir uns demnach ein Instrumentarium ein, das weder einen transparenteren Markt gewährleisten, noch eine Effizienzsteigerung garantieren kann. Gewährleistet werden kann lediglich, dass Synergieeffekte der gemeinsamen Behandlung beider Bereiche verringert und die Koordinationskosten und somit die Gesamtkosten des Systems Bahn steigen werden.

Besonders kritisch ist zu sehen, dass vor der Beschlussfassung im Parlament keine fundierten betriebs- und volkswirtschaftlichen Eckdaten und Zusammenhänge vorgelegt wurden. Es ist daher zu befürchten, dass eine derart komplexe Umstrukturierung neben nicht abschätzbaren betriebswirtschaftlichen Auswirkungen auf das Unternehmen ÖBB (und dessen Konkurrenten) auch - durch die zentrale Bedeutung der ÖBB als Anbieter von Verkehrsdienstleistungen und als Infrastrukturbetreiber – negati-

ve verkehrs- und wirtschaftspolitische Auswirkungen auf den Standort Österreich haben wird. Völlig offen ist bisher, wie die Vermögens- und Schuldenaufteilung innerhalb des Konzerns aussehen könnte. Weiters sind noch keine Umriss- über Ertrags- und Finanzkennzahlen erkennbar, sodass im Moment nicht bekannt ist, welche wirtschaftlichen Risiken bei den einzelnen Gesellschaften entstehen könnten. Insgesamt kann man daher festhalten, dass – zumindest zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses – wesentliche Teile eines Ausgliederungskonzeptes fehlten. Dazu zählen klare Zielsetzungen, Vorschau-rechnungen, Umfeldanalysen (Konkurrenz, Kunden, Lieferanten, Arbeitsmarkt), Abschätzung der Chancen und Risiken der einzelnen Gesellschaften sowie insgesamt eine Abschätzung der Kosten der Ausgliederung (Kosten für zusätzliche Organe, Jahresabschlussprüfungen, Vertragskosten für gegenseitige Konzernverträge, Controlling und Koordinationskosten, Kosten aufgrund von Synergieverlusten, etc.). Zudem fehlen für die Entwicklung des Gesamtunternehmens ÖBB seitens der Regierung jedenfalls auch entscheidende politische Zielvorgaben.

Ziel der Umstrukturierung seitens der Regierung ist die Schaffung einer „strategischen Holding“ mit selbstständigen, eigenverantwortlichen Tochtergesellschaften. Vier der acht neu entstehenden Gesellschaften werden in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet. Bei einer Aktiengesellschaft ist der Vorstand im Prinzip relativ autark, es gibt keine rechtlichen Weisungsmöglichkeiten der Eigentümer an den Vorstand und damit auch keine rechtlichen Durchgriffsmöglichkeiten. Dies bedeutet insbesondere, dass die Durchsetzung der strategischen Vorgaben von der Holding bei den Aktiengesellschaften schwer durchzusetzen sein wird. Den Konzern ÖBB als „wirtschaftliche Einheit“ zu führen wird damit beträchtlich erschwert. Die gewählte Neuorganisation legt die Vermutung nahe, dass eine spätere Teilprivatisierung einzelner Gesellschaften damit erleichtert werden soll, was jedenfalls aus Arbeitnehmersicht eindeutig abzulehnen ist.

Die Neustrukturierung mit den vier Tochter-Aktiengesellschaften, die weitgehend selbstständig und eigenverantwortlich agieren sollen, führt einerseits zu einem erhöhten Kommunikationsaufwand und andererseits besteht die akute Gefahr, dass die Verantwortung von einem auf das andere Unternehmen abgeschoben wird. Letzteres gilt insbesondere für die gemeinsamen Töchter der Personenverkehr AG und der Rail Cargo Austria AG (ÖBB Traktion GmbH und Technische Services GmbH). Die Anteilsrechte an den umstrukturierten Gesellschaften sollen von der ÖBB Holding AG unter besonderer Berücksichtigung der strategischen Ausrichtung wahrgenommen werden. Damit wird ein wichtiger Grundsatz modernen öffentlichen Managements verletzt, nämlich die Trennung von strategischen und operativen Aspekten der Aufgabenerfüllung, wonach der Bund als Eigentümer die strategischen Ziele vorzugeben hätte. Die Regierung operiert mit einer einzigen strategischen Zielvorgabe, einer budgetäre Einsparung von bis zu 1 Mrd € bis 2010. Andere strategische Ziele, die auf ein effizientes und effektives Eisenbahnwesen mit ausreichender Schieneninfrastruktur abzielen, fehlen zur Gänze. Das erweckt den Eindruck, als soll die Budgetkonsolidierung zu Lasten einer funktionierenden Schieneninfrastruktur erfolgen. Bei der Konzeption der vielen neuen Gesellschaften trat allerdings im Gegensatz dazu der Spargedanke in den Hintergrund. Die Kosten für die Neustrukturierung sind hoch - hohe Transaktionskosten für Vertragserrichtungen, Bewertungsanalysen etc - und auch jene für das Management der ÖBB neu werden wegen zahlreicher zu besetzender Vorstands- und Geschäftsführerposten erheblich über denen der bisherigen Struktur liegen. Die Neustrukturierung entspricht daher sicher nicht dem Grundsatz der Sparsamkeit. Die fehlende Darlegung und Abschätzung der finanziellen Auswirkungen auf das Budget und insgesamt auf die Staatsfinanzen im weiteren Sinn wurde auch vom Rechnungshof massiv kritisiert.

Besonders kritisch ist die Neuorganisation der ÖBB im Hinblick auf die Entwicklung des Angebots und der Kosten für den öffentlichen Personenverkehr zu beurteilen. Auch die Länder und der Städtebund haben sich in dieser Hinsicht im Begutachtungsverfahren geäußert. In diesem Zusammenhang ist vor

allem die geplante jährliche Erhöhung des IBE bei gleich bleibenden Mitteln für die gemeinwirtschaftlichen Bestellungen im Bundesbudget äußerst problematisch. Sowohl die ÖBB Personenverkehr AG als auch die Rail Cargo Austria AG sind wirtschaftlich selbstständige Unternehmen. Die Personenverkehrs AG hat einerseits Einnahmen aus Tarifen sowie andererseits Einnahmen aus den Bestellungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen. Durch die Erhöhung des IBE ist abzusehen, dass die Personenverkehr AG unter erheblichen Druck kommen wird. Vor allem im ländlichen Bereich hat die Bahn jedoch immer noch einen massiven Aufholbedarf. Die Regionalbahnen sind lebensnotwendige Zubringer für die Hauptstrecken. Eine vermehrte Einstellung von Regionalbahnen muss daher zu einem Verlust an Fahrgästen auf den Hauptstrecken führen. Da die Bereitschaft zur Verbesserung des Schienennetzes im Hinblick auf die Finanzierung der Infrastruktur nicht gegeben ist, ist davon auszugehen, dass sich nach Ausschöpfung allfälliger Rationalisierungspotentiale das höhere IBE in steigenden Fahrpreisen niederschlagen wird oder ganze Schienennetze in den Regionen aufgelassen werden, es sei denn, die Länder und andere Gebietskörperschaften erhöhen ihren Finanzierungsanteil erheblich.

In ähnlicher Weise betroffen von einer Erhöhung des IBE ist die Rail Cargo Austria AG. Alle Mehrbelastungen, die nicht durch Rationalisierungen abgefangen werden können, gehen zu Lasten der Kunden. Auch hier ist zu befürchten, dass der Rationalisierungsdruck zu einem Rückzug aus der Fläche bzw zu einem massiven Rückzug aus dem österreichischen Binnenverkehr, wo der Konkurrenzverkehrsträger Straße deutliche Wettbewerbs- und Preisvorteile hat, und damit zu Umsatzeinbußen führen wird.

Eine Verlagerung des Personen-, aber vor allem des Gütertransports von der Schiene auf die Straße kommt bei volkswirtschaftlicher Betrachtung der Allgemeinheit weit teurer, weil der Transport auf der Straße erhebliche Umwelt-, Stau und Unfallkosten zur Folge hat. Der in der Öffentlichkeit vermittelte Eindruck, die Bahn käme dem Budget so teuer, ist daher nur schwer nachvollziehbar und spart bewusst einen Blick auf den in Summe wesentlich teureren Straßenverkehr aus.

Besonders problematisch ist die Neuorganisation der ÖBB auch im Hinblick auf vergaberechtliche Aspekte zu sehen. Hierzu wurden vor allem seitens des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes im Begutachtungsverfahren massive Einwände geäußert, wonach „gemäß der derzeit geltenden Rechtslage, die angedachten Strukturen in mehrfacher Hinsicht in einem evidenten Spannungsverhältnis zum BVergG und zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen ... stehen würden.“ Es wird aber letztlich von den konkreten Aufgaben der einzelnen Gesellschaften abhängig sein, ob sie als „Sektorenauftraggeber“ gemäß der einschlägigen EU-Bestimmungen zu sehen sind oder eben nicht und dadurch auch für eine Auftragsvergabe innerhalb des Konzerns bzw innerhalb der Holding den strengen Ausschreibungsbedingungen unterliegen werden. Für die wirtschaftliche Entwicklung einzelner Holdinggesellschaften stellen die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen jedenfalls ein nicht voll einschätzbares Drohpotential für die Zukunft dar.

2.3. Aufgabenverteilung und Finanzierungsverantwortung für Schieneninfrastrukturmaßnahmen nach dem Bundesbahnstrukturgesetz 2003¹⁵

Gabriel Lansky

Auch nach Inkrafttreten des neuen Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 (BBSG 2003, BGBl 2003, I-138 vom 30.12.2003) am 31.12.2003 sind die Österreichischen Bundesbahnen nicht nur ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU), sondern auch Betreiber von Eisenbahninfrastruktur¹⁶. Diese Eisenbahninfrastruktur müssen die ÖBB erhalten und ausbauen.

1. Determinierung von Organisationsstruktur und Aufgabenverteilung durch das Bundesbahnstrukturgesetz 2003 im Allgemeinen

An der bisherigen Organisation, bei der die Österreichischen Bundesbahnen als eine juristische Person, die nur in Geschäftsbereiche getrennt gewesen ist (nach der Diktion des BBSG „Teilbetriebe“ der Österreichischen Bundesbahnen) und aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen schon vor der Umstrukturierung getrennte Rechnungskreise geführt und sowohl Betrieb, Erhaltung als auch Neubau von Infrastruktur besorgt haben, hat sich mit Inkrafttreten des neuen BBSG 2003 einiges geändert. Insbesondere sind mehrere Rechtsträger vorgeschrieben worden (sind noch zu schaffen), welche diesen Aufgabenbereich untereinander aufgeteilt wahrzunehmen haben werden.

Als gemeinsames Dach wird die Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft (gem § 2 Abs 1 BBSG 2003 kurz als „ÖBB-Holding AG“ bezeichnet) agieren. Sie wird sich zur Gänze im Bundeseigentum befinden und es wird Aufgabe des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie sein, die Anteilsrechte des Bundes zu verwalten.

Der Unternehmensgegenstand und somit der zulässige Aufgabenbereich der ÖBB-Holding AG wird sich aber auf die Ausübung der Anteilsrechte der Österreichischen Bundesbahnen, die Umstrukturierung der Österreichischen Bundesbahnen und die Wahrnehmung ihrer Anteilsrechte an den umstrukturierten Gesellschaften und sonstigen Gesellschaften mit der Zielsetzung einer einheitlichen strategischen Ausrichtung beschränken. Aus dem Gesetzeswortlaut des § 4 Abs 1 BBSG 2003 wird somit klar, dass die ÖBB-Holding AG auf die inhaltliche Geschäftsführung und somit auch auf die gesamten Aufgaben von Betrieb, Erhaltung und Neubau von Schieneninfrastruktur immer dann Einfluss nehmen

15) Dr Gabriel Lansky ist Rechtsanwalt in Wien und vertritt mit seiner Kanzlei „Lansky, Ganzger & Partner“ die Österreichischen Bundesbahnen. Der Beitrag muss nicht unbedingt die Meinung der Arbeiterkammer wiedergeben.

16) Die wenig aufschlussreiche Legaldefinition des § 10a Eisenbahngesetz: Schieneninfrastruktur umfasst den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhangs I der Verordnung (EWG) Nr. 1108/70 definierten Umfang.

wird können, wenn es um Fragen geht, welche die einheitliche strategische Ausrichtung berühren. Soweit aber dieses Vermögen eine strategische Bedeutung darstellt, kann die ÖBB-Holding AG darauf Einfluss nehmen. Die tägliche Zusammenarbeit zwischen den künftig mit dem Betrieb der Eisenbahninfrastruktur befassten Rechtsträgern einerseits und den mit Erhaltung und/oder Neubau von Eisenbahninfrastruktur andererseits befassten Rechtsträgern unterhalb der ÖBB-Holding AG ist also über weite Strecken von diesen Rechtsträgern selbst zu gestalten.

Die für den Bereich Schieneninfrastruktur relevanten Umstrukturierungsmaßnahmen, die den Untersuchungsgegenstand für diesen Beitrag darstellen, werden sich in der zweiten Ebene unter der künftigen Holdinggesellschaft abspielen. Ein Großteil dieser Umstrukturierungsmaßnahmen sowie die wichtigsten Eckpunkte der künftigen Aufgabenverteilung zwischen den Schwestergesellschaften, die mit Aufgaben im Bereich Schieneninfrastruktur befasst sein werden, ist also durch das BBSG 2003 determiniert worden. Tatsächlich finden sich in den einzelnen Hauptstücken des Gesetzes wie im Folgenden näher erläutert wird, Aufgabenverteilungen.

2. Die zukünftigen Organisationsstrukturen im Bereich Schieneninfrastruktur im Detail

Ein wichtiges Anliegen der Reform war die Neuordnung der Schieneninfrastruktur und die langfristige Sicherstellung der Finanzierung der Investitionen in den Ausbau der Schieneninfrastruktur. So wird es künftig zwei „Schieneninfrastrukturgesellschaften“ geben und zwar einerseits die „ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG“ und andererseits die „ÖBB-Infrastruktur Bau AG“.

2.1. ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG

Als 100%ige Tochter der ÖBB-Holding AG wird die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG gegründet werden. Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG wird insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens sein, indem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur bereitgestellt (insb auch die Trassenzuweisung), betrieben und erhalten (Wartung, Inspektion und Instandsetzung) wird; ihr obliegt auch die Betriebsplanung und der Verschub. Sie ist somit der zentrale Rechtsträger für diesen Bereich. Nur die Planung und der Bau von Infrastruktur gehören nicht zu ihrem Aufgabengebiet. Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG wird den bisherigen Teilbetrieb Schieneninfrastruktur - organisatorisch betrachtet - fortführen. Sie wird aber nicht Eigentümerin der Infrastruktur sein.

2.2. ÖBB-Infrastruktur Bau AG

Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Bau AG wird insbesondere sein die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich von Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Sie hat eine subsidiäre Allzuständigkeit was die Zugehörigkeit von Vermögen der ÖBB (alt) betrifft, weil sie den Rest der jetzigen Österreichischen Bundesbahnen repräsentiert, aus der durch Umwandlung aus einer Gesellschaft sui generis eine Aktiengesellschaft wird. Deshalb wird sie auch jedes Restvermögen, das nicht zuvor schon auf einen anderen Rechtsträger übertragen wurde, behalten. Das ist vor allem die Schienenin-

Infrastruktur. Sie wird von der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG rechtlich völlig unabhängig sein und wie diese eine 100%-Tochter der ÖBB-Holding AG.

Zu diesem Betriebsvermögen kommen noch weitere Vermögensbestandteile hinzu: Sowohl die Eisenbahn Hochleistungsstrecken AG als auch die nach der Spaltung (§ 2 des Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetzes) verbleibende Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GmbH werden mit Ablauf des 31.12.2004 im Wege der Gesamtrechtsnachfolge mit der ÖBB Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Schließlich werden die Anteilsrechte des Bundes an der Brenner Eisenbahn GmbH vom Bund im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die ÖBB Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft eingebracht. Damit sind aber auch eine Reihe von Verbindlichkeiten verbunden.

2.3. Die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH

Nicht aus den jetzigen Österreichischen Bundesbahnen, sondern aus der jetzigen Schieneninfrastrukturfinanzierungs-Gesellschaft mbH wird die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH hervorgehen.

Der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH wird insbesondere obliegen der Abschluss von PPP-Verträgen über Mitfinanzierung, Errichtung einschließlich der Verwertung von Schieneninfrastruktur (Public-Private-Partnership-Modell) sowie die Abwicklung von damit verbundenen Projekten. Hier liegt eine scheinbare Überschneidung zu den Aufgaben der Schieneninfrastruktur-Bau AG vor. Außerdem wird noch zu ihren Aufgaben zählen die Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung von Zuschussverträgen und der Rahmenplanung gemäß Bundesbahngesetz, die Besorgung aller Geschäfte und Tätigkeiten, die der diskriminierungsfreien Entwicklung und Verbesserung des Eisenbahnwesens sowie neuer Eisenbahntechnologien auf dem Schienennetz dienen; die Aufgabe einer Zuweisungsstelle; die Geschäftsführung der Sachverständigenkommission.

2.4. Andere Gesellschaften

Zu nennen ist die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH, deren Aufgabe ua die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sein wird. Davon ausgenommen sind jene Liegenschaften im Sinne der Schieneninfrastruktur nach § 10a Eisenbahngesetz 1957 und jene Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (§ 58 Eisenbahngesetz 1957) benötigt.

Für die hier vorgenommene Betrachtung nicht interessierend und künftig nur als Nutzer der Schieneninfrastruktur tritt die ÖBB-Personenverkehr AG auf, da ihr Aufgabenbereich insbesondere die Beförderung von Personen, einschließlich der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen, sowie die Herstellung und das Betreiben aller hiezu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem das Führen eines öffentlichen Personenverkehrs auf Grund von Tarifen und Fahrplänen.

Aufgabe der Rail Cargo Austria AG wird insbesondere die Beförderung von Gütern, einschließlich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen, sowie die Herstellung und das Betreiben aller hiezu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem das Führen eines öffentlichen Güterverkehrs auf Grund von Tarifen sein. Sie wird den Teilbetrieb Güterverkehr übernehmen und scheidet für die gegenständliche Betrachtung ebenfalls aus. Ebenso wenig wird sich die ÖBB-Traktion GmbH mit Aufgaben der Schieneninfrastruktur zu beschäftigen haben. Ihre Aufgabe wird insbesondere

die Erbringung von Traktions- und Serviceleistungen für und im Zusammenhang mit anderen Eisenbahnunternehmen sein. Sie wird den Teilbetrieb Traktion übernehmen.

Aufgabe der ÖBB-Technische Services-GmbH wird insbesondere die Erbringung von Leistungen für und im Zusammenhang mit Schienenfahrzeugen sein. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben für Zwecke des Eisenbahnbetriebes und des Eisenbahnverkehrs ist die ÖBB-Technische Services-GmbH ein Eisenbahnunternehmen. Sie wird den Teilbetrieb Technische Services fortführen.

Aufgabe der ÖBB-Dienstleistungs GmbH wird insbesondere sein, die ÖBB-Holding AG und die Gesellschaften, an denen die ÖBB-Holding AG unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, im Personalwesen (Steuerung des optimalen Personaleinsatzes, Personalentwicklung, die Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer, die Personaladministration) sowie - befristet - auch in den Bereichen Finanz- und Rechnungswesen, Einkauf, und in der Informatik zu unterstützen. Weiteren Aufgaben sind die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Wettbewerbsvergleich in den Gesellschaften nicht beschäftigbar sind, die administrative Durchführung der Pensionsangelegenheiten aller ehemaliger Mitarbeiter der Österreichischen Bundesbahnen sowie die Unterstützung in arbeits- und sozialrechtlichen Belangen.

3. Aufgabenverteilung und Rechtsbeziehungen zwischen der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH im Einzelnen

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist zwar Eigentümerin der Schieneninfrastruktur – wie schon ausgeführt – betreibt diese aber nicht. Das ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG. Grundlage soll ein Nutzungsvertrag (§ 35 Abs 1 BBSG) sein und Gegenleistung ein angemessenes Entgelt (§ 35 Abs 3 BBSG). Ob das Entgelt in Geld besteht oder in den ebenso vertraglich zu regelnden Leistungen, welche die beiden Gesellschaften wechselseitig voneinander benötigen, um ihre jeweiligen Aufgaben zu erfüllen (§ 35 Abs 2 BBSG), lässt das BBSG offen.

Somit bleibt die Substanz der Infrastruktur bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, die Betrieb AG bekommt diese aber zur Verfügung gestellt, um sie ihrerseits wiederum den EVU's zur Verfügung zu stellen. Deshalb ist sie auch für Erhaltungsmaßnahmen zuständig. Für Neubauten wird die ÖBB-Infrastruktur Bau AG zuständig sein. Wie genau zwischen Erhaltungsinvestitionen und Neubau-Investitionen abzugrenzen ist, lässt das BBSG aber offen. Da nun zwei rechtlich, vor allem aber auch wirtschaftlich unabhängige Gesellschaften tätig sein werden, wird diese Frage erheblich an Bedeutung gewinnen.

Wie schon erwähnt, wird die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH mit dem Abschluss von PPP-Verträgen betraut sein. Damit ist im Einzelnen gemeint PPP-Verträge mit Dritten über die Mitfinanzierung, Errichtung einschließlich der Verwertung von Schieneninfrastruktur (Public-Private-Partnership-Modell) sowie die Abwicklung von damit verbundenen Projekten, wobei im Falle, dass Zahlungsverpflichtungen durch die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH eingegangen werden, vorher das Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und dem Bundesminister für Finanzen herzustellen ist (§ 3 Abs 1 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz). Sie wird also eine Projektentwicklungs- und Überwachungsfunktion haben.

Daneben hat sie im Auftrag des BMVIT die Einhaltung der von der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG übernommenen vertraglichen Verpflichtungen für die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur zu überwachen, die Einhaltung des Rahmenplanes für die Planung und den Bau von Schieneninfrastrukturvorhaben zu überwachen und die finanzielle Abwicklung der Zuschussverträge zu besorgen (§ 45 BBSG). Auch hier legt das Gesetz also eine Überwachungs- oder Kontrollfunktion fest, während die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG den operativen Teil übernimmt.

4. Finanzierung von Erhaltung und Errichtung von Schieneninfrastruktur gemäß BBSG 2003

Zur Finanzierung der Bereitstellung von Schieneninfrastruktur ist vorgesehen, dass für den an die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG für die Bereitstellung (einschließlich des Betriebes) ihrer Schieneninfrastruktur zu leistenden Zuschuss - auf Grundlage eines von der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG zu erstellenden sechsjährigen Geschäftsplanes - ein sechsjähriger Vertrag mit dem Bund zu schließen ist. Den Vertrag schließt für die Bundesseite der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen. In diesem Vertrag sind insbesondere der Förderungsgegenstand und die Höhe des insgesamt dafür zu gewährenden Zuschusses festzulegen. Bei der Festlegung der Zuschusshöhe wird darauf Bedacht zu nehmen sein, dass der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG auch eine angemessene Vergütung für das von ihr an die ÖBB-Infrastruktur Bau AG für die Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur zu leistende Entgelt gewährt wird.

Weiters ist eine Neuregelung für die Planung und den Bau von Schieneninfrastrukturvorhaben vorgesehen, die auf einen von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu erstellenden - und an die Zustimmung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie und des Bundesministers für Finanzen gebundenen - jeweils sechsjährigen Rahmenplan abstellt, der wiederum auf die Festlegungen im Generalverkehrsplan Bedacht zu nehmen hat. Dieser Vertrag ist jährlich jeweils um ein Jahr zu ergänzen und auf den neuen sechsjährigen Zeitraum anzupassen. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ist bei der Vergabe jener Leistungen, welche die ÖBB-Infrastruktur Bau AG zur Erfüllung ihrer Aufgabe bei Planungs- und Baumaßnahmen von der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG benötigt, sowie für jene Leistungen, welche die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG zur Erfüllung ihrer Aufgabe für eine bedarfsgerechte und sichere Bereitstellung von Schieneninfrastruktur von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG benötigt, das Bundesvergabegesetz 2002 nicht anwendbar. Unstimmigkeiten zwischen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG über den konkreten Inhalt des Rahmenplanes sind unter Einbindung der ÖBB-Holding AG zu bereinigen.

Unter den Experten war bis zuletzt die oben skizzierte Teilung der Infrastruktur umstritten. Eisenbahxperten hatten ebenso wie der Rechnungshof für die Beibehaltung einer integrierten Infrastrukturgeellschaft plädiert. Die Regierung hat die Bedenken jedoch zurückgewiesen und bestand auf der Schaffung von selbständigen, eigenständigen Tochtergesellschaften. Das Management soll unternehmerische Entscheidungen nach betriebswirtschaftlichen und marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten treffen, wodurch eine effiziente Betriebsführung und eine flexible Anpassung an die sich ständig ändernden Marktbedingungen ermöglicht werden soll.

Rechtlich betrachtet, garantiert die Rechtsform der AG, dass die operativen Gesellschaften weitestgehend frei von Einflussnahmen des Eigentümers auf die operative Geschäftsführung und damit selbständig und eigenverantwortlich agieren können. Die Rechtsform der AG erfüllt auch die Forderung

aus dem europäischen Eisenbahnregulierungsrecht (Infrastrukturpaket I) nach der vertikalen Desintegration des Fahrweges vom Eisenbahnverkehr, ohne dabei die ÖBB zu „zerschlagen“. Der Vorstand einer AG ist nämlich – anders als ein Geschäftsführer einer GmbH – weisungsfrei. Allerdings muss sich das Management um die Finanzierung kümmern und sich für seine Bilanzen verantworten.

Tabelle 13: Überblick über die hier dargestellten Gesellschaften

ÖBB – Holding AG	
Gründung:	sobald wie möglich
Grundkapital:	1,9 Mrd €, gemäß § 2 BBG (neu) durch Einlage aller Bundesanteile an den ÖBB (alt)
Aktionäre:	100% Bund
Verwaltung der Anteilsrechte:	BMVIT gemäß § 3 BBG (neu)
Unternehmensgegenstand:	<ul style="list-style-type: none"> - Verwaltung der Anteilsrechte an ÖBB - Umstrukturierung der ÖBB gemäß § 4 Abs 1 BBG (neu) Wahrnehmung ihrer Anteilsrechte an den neuen ÖBB Gesellschaften mit der Zielsetzung einer einheitlichen strategischen Ausrichtung
Tätigkeitsbereiche:	Setzen aller Maßnahmen, die im Hinblick auf § 4 Abs 2 BBG (neu) notwendig oder zweckmäßig sind

ÖBB – Infrastruktur Betrieb AG	
Gründung:	Spätestens 31.5.2004
Grundkapital:	70.000 € gemäß § 25 BBG (neu) und Buchwert der übernommenen Schieneninfrastrukturbetriebe (§ 25 BBG (neu))
Aktionäre:	100% ÖBB – Holding AG gemäß § 28 BBG (neu)
Spaltungstichtag:	31.12.2004
Firmenbuchanmeldung:	spätestens 30.9.2005
Tätigkeitsbereiche:	Bereitstellung, Betrieb und Erhaltung einer bedarfsgerechten und sicheren Schieneninfrastruktur sowie Betriebsplanung und Vershub
Finanzierung:	<ul style="list-style-type: none"> - Infrastrukturbenutzungsentgelt / IBE - Bundeszuschuss gemäß einem für 6 Jahre abgeschlossenen Zuschussvertrag (§ 42 BBG (neu))

ÖBB – Infrastruktur Bau AG	
Grundkapital:	verbleibendes Restkapital nach Spaltungen, mindestens aber € 70.000 gemäß § 29 Abs 1 BBG (neu)
Gesellschafter:	100% ÖBB – Holding AG gemäß § 30 BBG (neu)
Umwandlungstichtag:	31.12.2004
Firmenbuchanmeldung:	spätestens 30.9.2005
Verbleibende Teilbetriebe:	<ul style="list-style-type: none"> - insbesondere Planung und Engineering (Teilbereich Projekte), - Kraftwerke und - für abgespaltene Teilbetriebe nicht betriebsnotwendige Liegenschaften
Tätigkeitsbereiche:	<ul style="list-style-type: none"> - insbesondere Planung und Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen) von Schieneninfrastruktur einschließlich von Hochleistungsstrecken - Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur
Entstehung:	<ul style="list-style-type: none"> - Formwechselnde Umwandlung - Verschmelzung mit HL-AG - Verschmelzung mit SCHIG Finanzierung - Einbringung der Anteile BEG

2.4. Bahnreform und Infrastruktur

Klaus Rießberger

Vortrag von Univ-Prof DI Dr Klaus Rießberger¹⁷

Meine sehr geehrten Damen und Herren. Da ich das erste Mal das Vergnügen habe, hier vor Ihnen zu sprechen, gestatten Sie, dass ich mich mit wenigen Worten vorstelle: Meinen Namen kennen Sie. Ich habe das Studium des Maschinenbaus hier in Wien 1966 beendet, habe dann dissertiert, habe von 1971 bis zum Jahr 1984 die Forschungs- und Versuchsabteilung der Firma Plasser & Theurer aufgebaut und bin in Angelegenheit „Eisenbahnwissenschaft“ bis heute weitweit tätig. Ich hab mich immer für ein bisschen Mehr als Bahnbaumaschinen interessiert. Ich kann von mir durchaus behaupten, dass ich vielleicht die Bahnen von Nordkorea nicht kenne - aber sonst so ziemlich alles - einschließlich Schwarzafrika.

Ich bin seit 1984 Professor für Eisenbahnwesen und Verkehrswirtschaft an der Technischen Universität in Graz und halte seit vielen Jahren Aufsichtsratsmandate in der österreichischen Eisenbahnindustrie, die, wie sie wahrscheinlich wissen, weltweit eine hervorragende Rolle spielt. Zudem bin ich seit dem vergangenen Jahr Mitglied der Schienenkontrollkommission. Es gibt an unserem Institut jede Menge Diplomarbeiten und Dissertationen. Leider sind von den Absolventen, die bei mir studiert haben, die meisten zur deutschen Bahn gegangen, denn in Österreich ist bekanntlich der technische Sachverstand in überreichem Maß vorhanden.

Meine Damen und Herren, ich möchte gerne dem Thema, das Sie mir gegeben haben, nachkommen (*Anmerkung: „ÖBB-Reform aus der Sicht der Wissenschaft“*), aber ich bin dazu nicht in der Lage. Ich bin nicht in der Lage im Namen der Wissenschaft zu sprechen, das ist viel zu groß. Ich gebe aber zu, dass im Eisenbahnwesen eine ungeheure Menge von Wissensgebieten vereint ist, sodass sich ein breites fachliches Spektrum und eine große Flexibilität in den verschiedensten Richtungen ergibt. Das Eisenbahnwesen ist ein extrem vernetztes System und dieses extrem vernetzte System kennt eigentlich nur jemand, der dieses System von der "Pike" auf kennen gelernt hat. Und hier beginnen schon die Probleme, über die wir heute zu sprechen haben, denn wir haben in den Entscheidungsgremien sowohl der Bahn als auch der Politik keine Eisenbahner mehr. Wir haben Spezialisten geholt – meistens interessanter Weise vom Flugverkehr, der ja in den vergangenen Jahren auch nicht gerade ein Vorzeigemodell geworden ist. Es wurden vor allem Betriebsberater beschäftigt, die - wie sie mir glauben können - von dem, was sie da beraten, nicht die geringste Ahnung haben. Da sind wir selbst Schuld. Denn die gestandenen Eisenbahner haben sich unter dem Druck des Neoliberalismus mehr oder minder in sich selbst zurückgezogen und haben nicht mehr danach gestrebt, dieses Unternehmen auch führen zu wollen. Nun, wenn Sie mich fragen „Wissenschaft“: Wenn man bei der Zusammenkunft aller europäischen Eisenbahnprofessoren fragt, was deren Meinung zu den Vorgängen der Liberalisierung ist, dann darf ich Ihnen sagen, dass es einige wenige gibt, (die mehr der Wirtschaftswissenschaft nahe

17) Dieser Text entstand nach einem mündlichen Vortrag von Univ-Prof DI Dr Klaus Rießberger, Dekan der Fakultät für Bauingenieurwesen, Institut für Eisenbahnwesen und Verkehrswirtschaft der TU Graz. Der Vortrag wurde am 1. Dezember 2004 bei der AK-Veranstaltung: „ÖBB-Reform: Fahrt ins Blaue!“ gehalten.

stehen) die die Konkurrenz, den Liberalismus auf die Fahnen geschrieben haben. Aber die überwiegende Mehrzahl sieht diese Entwicklung mit dem größten Unbehagen und ich möchte mir erlauben Ihnen zu erläutern, warum das so ist.

Der Beginn: Die EU-Richtlinie 440

Begonnen hat alles mit einer EU-Richtlinie 440/91, die wir alle nicht ernst genommen haben, weil wir der Meinung waren, das ist ein Unfug, das ist das System Straße über die Eisenbahn gestülpt. Und irgendwie haben alle darauf vertraut, dass die Macht des Faktischen diesen Unsinn korrigieren wird. Wo ist der Unsinn und wo ist die Schwierigkeit in dieser 440/91? Sie schreibt die getrennten Rechenkreise für Absatz und Infrastruktur vor, das ist in Ordnung, das hatten wir in Österreich vorher. Sie schreibt die internationale Gesellschaft, für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen vor, das ist auch in Ordnung. Da kann man durchaus darüber reden und sie schreibt fakultativ - also als Möglichkeit - die Trennung der Unternehmen nach dem Muster Straßenverkehr vor.

Die Leute, die das gemacht haben, die sind sich der Unterschiedlichkeit der beiden Systeme überhaupt nicht bewusst. Auf der Straße kann ich beliebig überholen, auf der Eisenbahn muss ich hintereinander fahren – so einfach ist das. Und glauben Sie mir – ich komme aus der Sitzung der Schienenkontrollkommission – es wird wirklich der Antrag gestellt, dass man Züge gegeneinander fahren lassen und übereinander fahren lassen will und es werden juristische Gebilde aufgebaut, die technischen Fakten widersprechen, zum großen Erstaunen vieler Juristen. Es passt also einfach nicht und das genau ist der Grund, warum jedes Land in Europa einen anderen Weg durch die Slalomstangen sucht. Es ist auf Grund ein und der selben EU-Richtlinie jede Lösung zu finden, in Schweden, in England, in Holland, in Deutschland, in Frankreich und Italien: Sie ist überall anders, komplett anders. Warum das so ist? Die Erfahrung zeigt, dass der Grund in den vorhandenen Traditionen, den sozialen Strukturen und den jeweiligen Gegebenheiten liegt. Damit möchte ich auch verhindern, dass ich zum "Jubeladvokaten" der derzeitigen Zustände bei den ÖBB hochgestempelt werde. Ich habe auch an der ÖBB, wie sie heute ist, viel zu kritisieren. Es ist einfach die Erfahrung, dass es von Zeit zu Zeit notwendig ist, das Unternehmen - jedes Unternehmen - zu hinterfragen. Den Standort zu bestimmen und über Verbesserungen nachzudenken, über Rationalisierung nachzudenken, über eine Modernisierung nachzudenken. Daher halte ich die laufende Diskussion durchaus für legitim und berechtigt. Aber sie hat halt viele österreichische Facetten und die sind natürlich ein bisschen eigenartig, denn diese Diskussion gibt es in allen Ländern, nur ist sie etwas weniger heftig, etwas weniger polemisch und etwas weniger persönlich.

Es gibt viele Organisationsmodelle die funktionieren können – „können“ unterstrichen. Aber die wesentliche Feststellung ist, dass diese Modelle die technisch-wirtschaftlichen Zusammenhänge nachbilden müssen. Und zwar im System nachbilden müssen. Wir brauchen eindeutige Schnittstellen – wir brauchen eindeutige Prozesse – wir brauchen eindeutige Zahlungsströme und wir brauchen eindeutige Interessen. Interesse ist es jetzt nicht, unbedingt das Bestehende festzuhalten, sondern Interesse - und ich komme später zu einem Beispiel- ist es klar zu sagen: Wenn dieser Unternehmensteil jenen Auftrag kriegt, wird er sich so entscheiden. Wir kommen bei der Infrastruktur-Bau AG dazu. Nun, meine Damen und Herren, die inneren Prinzipien der Strukturen sind festzustellen und dann einzuhalten. Wir brauchen die Kausalitäten, die Interessen und den fachspezifischen Hausverstand. Und ich hoffe, dass dieser in der laufenden Debatte ausreichend eingebunden wurde. Nicht folgen sollte man meiner Meinung nach wirtschaftstheoretischen Visionen ohne handfesten eisenbahnspezifischen Bezug. Ich kann

einfach nicht an die wunderbare Macht des Wettbewerbs im Bezug auf so ein komplexes Eisenbahnsystem glauben, was für die Zahnpasta und vielleicht noch für ein Deodorant gilt, wird für die Eisenbahn vielleicht nicht so ganz passen. Es sollte sich daher jeder im System, gleichgültig ob er in einem großen Unternehmen oder in einem Teilunternehmen tätig ist, darüber klar sein, dass alles was er tut, im Gesamtsystem eine Wirkung erzeugt. Das heißt, dass das in Summe funktionierende System jenes ist, das für alle die beste Lösung bringt. Dies der Belegschaft deutlich zu machen, ist auch in Zukunft Ihre Aufgabe als Vertreter der Belegschaft – das Eisenbahnsystem ist ein Ganzes, das auch in anderen Organisationsformen wie heute nur als Ganzes funktioniert.

Das ist ja die Lehre, die man aus den Entwicklungen in England ziehen muss und das hat auch Deutschland als Lehre gezeigt: Wenn man die Unternehmensteile verselbständigt, rennen alle in verschiedene Richtungen - und zwar sehr schnell – bis sie dann so wie auf dem Hühnerhof der Witwe Bolte alle an einem Baum hängen und tot sind. Die Summe all dieser kleinen Einzeloptima, denen diese getrennten Teile nachlaufen würden, ist mit Abstand nicht das Gesamtoptimum.

Das kann man nicht oft genug betonen. Im Zuge einer Diplomarbeit am Institut wurde im Jahre 1994 das englische System untersucht, das damals gerade im Umbau war und wir haben damals mit Erschrecken festgestellt, das kostet ja zweieinhalb Mal so viel, wie das, was bis dahin in die British Railways hineingeflossen ist. Nur kommt es jetzt nicht mehr aus einem großen Staatstopf sondern von den verschiedensten Regionen und Gemeinden und lokalen Körperschaften. Die Verträge, die zwischen diesen Unternehmen geschlossen wurden, waren eine Riesen-Beschäftigung für viele, viele Juristen. Ich will die Zahl jetzt hier nicht nennen, weil ich den Neidkomplex der Juristen nicht anstacheln will. Nur, meine Damen und Herren, was hilft es denn, wenn sich ein Herr der englischen Bahn dann hinstellt und sagt, wir haben alles richtig gemacht – nur leider ging die Firma bankrott. Und so wird das heute tatsächlich gesagt.

Im Zusammenhang mit der diskutierten österreichischen Bundesbahnreform ist es mit Sicherheit auch legitim, dass man an Maastricht denkt. Und Maastricht gibt eben wichtige Kriterien vor, die im Zuge dieser Reform auch bedacht werden müssen.

Die Gesetzmäßigkeiten der Physik

Meine Damen und Herren, was ich fürchte, ist, dass das Unternehmen zerlegt wird, nach Prinzipien der Gefälligkeiten, nach Prinzipien, die nicht nachvollziehbar sind und daher möchte ich mit aller Vehemenz darstellen, dass die Eisenbahn ein hochtechnisches (vernetztes) System bleiben wird. Die erste Gesetzmäßigkeit, die sie zu erfüllen hat, ist die Gesetzmäßigkeit der Physik. Es kommt nicht von ungefähr, dass Herr GD-Stv Hainitz bei seinem Abschied noch gesagt hat: "Vergesst mir die Physik nicht". Ein prominentes Beispiel möchte ich auch hier zitieren: Der Knackpunkt des Systems, wo sich alles entscheidet, ist die Berührfläche zwischen Rad und Schiene in der Größe einer Euromünze. Dort entscheidet sich alles Eisenbahnspezifische, dort entscheidet sich Sicherheit, dort entscheidet sich Leistungsfähigkeit, dort entscheidet sich das Hochgeschwindigkeitsfahren, dort entscheidet sich die Achslast, dort entscheidet sich alles, was es im Eisenbahnwesen gibt. Und, meine Damen und Herren, dieses im vergangenen Jahr erschienene Buch (*Anmerkung: Zeigt ein Buch*), beschäftigt sich nur mit dieser Fläche in dieser Größe eines Daumennagels. Dieser Punkt, von dem ich hier rede, den hat ein Chinese einmal mir gegenüber so charakterisiert: Das Fahrzeug ist der Oberkiefer, das Gleis ist der Unterkiefer. Wir wissen vom Zahnarzt, welche Mühe er sich gibt, diese beiden Elemente zusammen-

zuschleifen. Das ist es, was ich meine, dass diese beiden Dinge absolut zusammenpassen müssen. Die Radaufstandsfläche ist ein extrem kompliziertes Gebilde, von dem wir da abhängen. Das ist auch heute nicht ideal gelöst. Denn auch die alte, auch die ganz alte ÖBB hat dort zwischen Baudirektion und Maschinendirektion unterschieden, aber immerhin war das noch ein Unternehmen. Heute missbrauchen wir diesen Punkt, um AGs voneinander zu trennen, weil es niemand kapiert. Die Physik meldet sich ja immer wieder massiv zu Wort, denn der Unfall von Hatfield ist ja aus Dummheit passiert und nicht deshalb, weil man das nicht gewusst hätte. Und, meine Damen und Herren, nach diesem Unfall in Hatfield, wo das britische System fast zum Zusammenbruch gekommen ist, hat man über die vielen privaten Firmen die „Rail-Wheel Interface Authority“ gestülpt. Eine Verlegenheitslösung erster Ordnung, weil man plötzlich draufgekommen ist, dass in diesem Radaufstandspunkt komplizierteste Vorgänge stattfinden, die nicht kommerziell-juristischen Wünschen nachkommen.

Wenn ich sage, es müssen wirtschaftlich-technische Zusammenhänge hergestellt werden, glauben Sie bitte nicht, dass das bisher ideal erfüllt wurde. Die Lok Taurus gefällt mir wunderbar. Wunderbare Farbe, fährt sehr gut. Ich sehe nur nicht, dass sie besser fährt als Lokomotiven, die längst verschrottet sind. Alle modernen Lokomotiven haben eine wesentlich höhere Aggressivität für unsere Gleisanlagen. Der Taurus, vielleicht darf man das sagen, ist bei seiner ersten Fahrt am Semmering stecken geblieben. Die Lok 152 – fast ein Zwilling Bruder dieser Lok - darf in Österreich nicht fahren, weil die zulässigen Grenzwerte überschritten werden. Es ist so, dass wir zB in den heutigen Festlegungen eines Infrastrukturbenützungsentgeltes überhaupt keine Anreize haben um die verschiedenen Entwicklungsrichtungen zu beeinflussen. Wenn ich ein gleisfreundliches Fahrzeug wünsche, dann muss die Gleisbenutzung billiger werden. Wenn ich ein aggressives Fahrzeug habe, dann müsste es teurer werden. Einschlägige Rechenvorschriften sind fertig formuliert, sind auch mit dem Geschäftsbereich Netz abgesprochen, aber noch nicht umgesetzt. Und es gibt andere Interfaces im System Eisenbahn: Ob das die Oberleitung, ob es die Signaltechnik ist, die ähnlich zu betrachten sind.

Herr GD Weibel hat bereits über die Sicherungstechnik gesprochen. Heute haben wir die Sicherungsintelligenz in der Infrastruktur, wir haben die Stellwerke am Gleis, in dem künftigen System ETCS packen wir diese Intelligenz in die Fahrzeuge. Dh wir haben zwar unterschiedliche Eisenbahn-Verkehrs-Unternehmungen (EVU), die auf dem Gleis fahren, die müssen aber alle diese Sicherungstechnik bezahlen. Ich möchte das nicht weiter ausführen, aber Sie können sich vorstellen, welche Schwierigkeit es geben wird, die Einführung einer neuen, besseren Technik zu schaffen. Den ganzen Weg vom heutigen in das zukünftige, moderne System mit Großinvestitionen in die Triebfahrzeuge.

Streckenleistungsfähigkeit, Lärm, etc

Der nächste Punkt ist die Streckenleistungsfähigkeit, auch das ist bereits angeschnitten worden. Mischverkehr reduziert die Streckenleistung dramatisch. Wenn das in den einzelnen Unternehmen nicht gegenseitig verstanden wird, dann sehe ich wirklich schwarz.

Ein anderer Punkt: Wenn die Bahn in selbständige Unternehmensteile zerlegt wird, wer glauben Sie, wird sich dann noch um den Lärm kümmern? Ist das Aufgabe der Infrastruktur? Heute ist es so, dass an den Fahrzeugen praktisch nichts geschieht, denn die müssen ja billig sein um den EVUs eine kommerziell positive Geschäftsführung zu ermöglichen. Dafür nageln wir die ganze Landschaften mit Lärmschutzwänden zu, dass wir auch während der Fahrt über Land nur mehr die Lärmschutzwände von innen ansehen können.

Ich habe hier das Stichwort: Gemeinsame Schulungen. Meine Damen und Herren, es ist doch völlig undenkbar, dass jedes Eisenbahnverkehrs-Unternehmen (EVU) seine eigene Schulung macht. Dh eine gemeinsame Schulung über alle Unternehmensteile hinweg war bisher schon üblich – das muss so bleiben! Sonst verstehen wir ja gegenseitig überhaupt nicht, wovon wir reden.

Zur Organisationsreform

Dieses in Diskussion stehende Bundesbahngesetz ist im wesentlichen eine Organisationsreform. Daher möchte ich zu einigen Problemkreisen des vorgeschlagenen Bundesbahngesetzes zu reden kommen. Es beginnt damit, dass die Trennung von Infrastruktur-Betrieb und Infrastruktur-Bau festgeschrieben werden soll. Und das ist natürlich keine einfache Sache. Wenn ich es richtig verstanden habe, ist es eine Maßnahme, die durch die Maastricht-Kriterien bedingt ist. Denn man braucht eine Gesellschaft mit Vermögen, die auch schuldenfähig ist, sodass die vorhandenen Schulden dort geparkt werden können. Das ist eine Maßnahme, die muss man so zur Kenntnis nehmen. Aber es fragt sich dann gleich in zweiter Folge, welchen Auftraggebern dient diese InfrastrukturBau AG, wenn es eine AG werden soll? Dann stellt man fest, sie ist Besitzerin der Infrastruktur, sie hat die Baukapazitäten – zumindest in einem der kühnen Vorschläge – und würde vom Betrieb dafür eine Pacht bekommen. Der Betrieb wiederum kassiert ein Infrastrukturbenützungsentgelt. Die Frage ist: Ist die Pacht ein pauschalierter Betrag in Höhe des IBE oder bleibt ein Teil des IBE bei der Infrastruktur-Betriebs-AG?

Wo kommen noch Gelder für die Infrastruktur-Bau-AG her? Es kommen noch Gelder her von den Immobilien – hoffentlich. Es kommen noch Gelder her, wenn Infrastruktur-Betrieb AG Bauaufträge vergibt, die durchzuführen sind. Dann muss man fragen, wo bekommt nun die Infrastruktur-Betrieb AG ihr Geld her? Und dann stellt man fest, dass das Infrastrukturbenützungsentgelt sich nach den sozialen Grenzkosten richtet, also nur jener Wert sein soll, der von der Abnutzung herkommt. Die Frage bleibt offen, wer die festen Kosten zuschießt. Also es ist aus diesem Gesetz für mich nicht erkennbar, wo die Einsparungen sind, für die in der ganzen Erläuterung nichts näher erklärt wird – nur auf der ersten Seite wird zumindest davon gesprochen - und warum diese Struktur jetzt billiger zu betreiben ist. Die Infrastruktur-Bau AG wird wahrscheinlich aus dem Kapitel 65 des Bundesbudgets Geld für die Erhaltung der Infrastruktur brauchen, jedenfalls für die laufenden notwendigen Reinvestitionen, aber sie ist ja auch dazu da, verkehrspolitische Projekte in Form von Neubauten voranzutreiben. Das ist die berühmte Milliarde Euro, die dann auch irgendwo drinnen steht und weiterhin gezahlt werden soll.

Nur, meine Damen und Herren, wenn das so unklar im Raum steht, dann kann man sich eigentlich ausrechnen, dass jedenfalls diese Infrastruktur-Bau AG sehr rasch am Ende einer Neubautätigkeit sein wird und im Moment sehe ich nicht, dass das klargestellt wird – aber viele von Ihnen hier haben möglicherweise bessere und neuere Informationen. Diese Infrastruktur-Bau AG ist ein Diener zweier Herren! Einer laufenden Tätigkeit in Form von Reinvestitionen (die eigentlich ein Teil der Erhaltung sein und mit dieser gemeinsam optimiert werden sollte) und einer Neubautätigkeit, was ja nicht verwunderlich ist, wenn man sich überlegt, dass hier Teile der Baudirektion alten Stils mit der HL-AG verschmolzen werden.

Ich meine also, dass wir bei dem Zerlegen der Bahn – so wie es heute vorgesehen ist - unsere größte Aufmerksamkeit der ordnungsgemäßen Gestaltung der Klebestellen zuwenden müssen. Wie können solche Klebestellen sein? Damit meine ich jetzt nicht irgendwelche vagen Vereinbarungen. Ich meine,

dass es massive Zusammenarbeitsverträge sein müssen. Persönlich meine ich, dass die Gestaltung einer starken Holding mit darunter angeordneten GmbHs sicherlich eine vernünftige Lösung wäre. Aus meinem Verständnis ist es kein Fehler dieses Gesetzes, den Geschäftsbereichen auch handelsrechtliche Verantwortung zuzuweisen, so wie ja die meisten Geschäftsbereichsleiter heute auch die Prokura haben. Nur, die Struktur muss stimmen, das System muss erhalten werden!

Und wenn ich den Freitag-Zeitungen entnommen habe, dass man sich auf den Vorschlag geeinigt hätte, dass der Vorstand der Holding die Aufsichtsratsfunktion in den einzelnen AGs wahrnimmt, dann ist das immerhin ein Kompromiss. Ich meine nur: Wenn man diese Konstruktion wählt, dann ist die AR-Funktion nicht ein Zeitvertreib, der darin besteht sich hinzubegeben, kurzfristig die Unterlagen zu studieren und irgendwelche Zahlen nachzuvollziehen, sondern das ist eine wirkliche Führungsaufgabe, die für die Steuerung der einzelnen Untergesellschaften notwendig ist.

Und schließlich und endlich möchte ich auch einen Punkt anführen, der für die starke Holding spricht. Es gibt immer wieder Krisensituationen. Diese Krisensituationen hat die Deutsche Bahn schmerzlich im vergangenen August erlebt. Ich meine damit das Elbe-Hochwasser. Und auch ich kann mich erinnern, dass es in Österreich Naturkatastrophen gegeben hat, die Hauptstrecken der ÖBB betroffen haben, so dass es sicherlich sinnvoll ist, in solchen außergewöhnlichen Fällen eine konzentrierte Führung des Unternehmens zu haben.

Meine Damen und Herren, den hochtrabenden Titels meines Referates habe ich wahrscheinlich nicht erfüllen können, aber das ist auch gar nicht möglich gewesen. Ich möchte aber gerne meine Überzeugung unterstreichen, dass nur das Eisenbahnsystem für alle, nicht nur für jene, die darin arbeiten, sondern auch für jene, die Kunden dieses Systems sind, die optimale Lösung ist. Wie dieses System in sich organisiert ist, das ist nicht so sehr ein Punkt des Streites.

Abschließend möchte ich aber gerne auch betonen, dass es nur mit einer hohen Motivation der Mitarbeiter möglich sein wird, die hervorragenden Leistungen der ÖBB im Güter- und Personenverkehr aufrecht zu erhalten. Es ist immerhin bemerkenswert, dass gemäß der europäischen Transport-Statistik 37% der Tonnenkilometer in Österreich auf der Schiene bewegt werden, und das mit steigenden Tonnagen, das ist ein Spitzenwert, um den uns auch die Schweiz beneidet. Und immerhin weist Österreich den drittlängsten Weg pro Kopf im Schienen-Personenverkehr in ganz Europa auf: Jeder Schweizer fährt im Jahr 1.800 km mit Eisenbahn, ein Franzose fährt 1.100 km und die Österreicher fahren 1.030 km mit der Bahn, während jeder Deutsche im Mittel 590 km auf der Schiene zurücklegt. Auch das soll uns sagen, dass wir hier etwas zu verlieren haben, das es wert ist, verteidigt zu werden.

2.5. Das Dienstrecht der Bediensteten der ÖBB¹⁸

Robert Steier

Historische Entwicklung

Für die ÖBB-Bediensteten galt seit jeher ein Sonderarbeitsrecht, das in umfassender Weise auf von der Personalvertretung mit den jeweiligen Leitungsorganen der ÖBB abgeschlossenen Vereinbarungen beruhte, die als Vertragsschablonen in die Einzelarbeitsverträge eingingen. Davon war auch das ÖBB-Pensionsrecht erfasst. All das wurde von der Arbeits- und Sozialrechtsgesetzgebung dadurch respektiert, dass man jeweils entsprechende Geltungsbereichsausnahmen vorsah. Inhaltlich war das so gestaltete ÖBB-Dienst- und Pensionsrecht bis 1992 weitgehend dem Beamtenrecht nachgebildet. In diesem Sinne gab es für „ÖBB-Beamte“, unter anderem eine „Besoldungsordnung“, eine „Dienst- und Lohnordnung“, eine „Dienstordnung“ („Dienstpragmatik“), eine „Pensionsordnung“, sowie ein Gehaltschema analog dem Beamtenrecht mit Biennalsprüngen, Zeitüberstellungen und Einstufungen nach einem Stellenplan. Auf Arbeitgeberseite war über die Kompetenz der Unternehmensleitung bzw des zuständigen Bundesministers hinaus, auch eine spezielle Einbindung des Parlaments vorgesehen: Gemäß StGBI 180/1920 bedurften nämlich unter anderem die „Bezüge“ der in staatlichen Betrieben Beschäftigten (und damit eben gerade auch der ÖBB-Bediensteten) der Zustimmung des Hauptausschusses des Nationalrates, was vor allem die Besoldungsordnung, die Dienst- und Lohnordnung und die Pensionsordnung betraf und auch mit einer Kundmachung der jeweiligen Fassung im BGBl einher ging. Gleichwohl wurde dies nur als spezielles Erfordernis im Innenverhältnis gewertet, sodass dadurch die bloße Funktion als Vertragsschablonen nicht verändert wurde.

Auch das Personalvertretungsrecht hatte seine Grundlage nicht in Gesetzen, sondern in einer Vielzahl von Vereinbarungen der im Unternehmen gewählten Personalvertreter mit der Unternehmensleitung. Formal wurden diese Vereinbarungen in der Form von Dienstanweisungen verlautbart. So gesehen hatte man es seit jeher, anders als bei den durch die früheren Betriebsrätegesetze und das jetzige ArbVG zwingend normierten gesetzlichen Belegschaftsorganisationen, mit in völliger Freiwilligkeit gründenden rein gewerkschaftlich organisierten Belegschaftsvertretungen zu tun.

Das Bundesbahngesetz 1992

Da dieses Regelungssystem als nicht mehr zeitgemäß angesehen wurde, sollte mit dem Bundesbahngesetz 1992 (BGBl 825/1992), mit dem vor allem aus dem bisher rechtlich nicht selbständigen „Wirtschaftskörper ÖBB“ die „ÖBB“ als eigene juristische Person (als Mischform der Aktiengesellschaft und GmbH) geschaffen wurde, ein Wandel eingeleitet werden. Im Zusammenhang mit der Übertragung aller Arbeits- und Ruhestandsverhältnisse auf den neuen Rechtsträger ÖBB gemäß § 21 Abs 1 BBG findet sich deshalb in § 22 BBG der gesetzliche Auftrag ein neues Dienstrecht für neu eintretende Mitarbeiter zu schaffen. Dieses neue ÖBB-Dienst- und Pensionsrecht sollte an das Angestelltenrecht

18) Mag Robert Steier ist Mitarbeiter der Gewerkschaft der Eisenbahner und bearbeitet dort den Bereich Arbeits- und Dienstrecht.

angelehnt werden, aber doch die Besonderheiten des Eisenbahndienstes, namentlich die speziellen Erfordernisse bei der Arbeitszeit berücksichtigen. Gleichzeitig bestimmte aber § 22 Abs 1 BBG: „Bis zu ihrer Neuregelung bleiben durch dieses Bundesgesetz die Bestimmungen über das Dienst-, Besoldungs- und Pensionsverhältnis unberührt.“

Die im § 20 Abs 4 angeordneten Verhandlungen wurden durch Weisung des damaligen BM für öffentliche Wirtschaft und Verkehr Mag Viktor Klima eingeleitet, nachfolgend in ständigem Dialog auch mit politischen Repräsentanten durchgeführt, und letztlich im Jahre 1995 nach einer letzten Feinabstimmung abgeschlossen. Ergebnis war schließlich ein auch die „Altbediensteten“ einbeziehendes einheitliches Vertragswerk für alle Eisenbahner, das aber im Sinne der gesetzlich vorgesehenen und politisch akkordierten Wahrung bisheriger vertraglicher Rechtspositionen die Besonderheiten des bisherigen ÖBB-Beamtenrechts in Übergangsbestimmungen mit berücksichtigte. Die „Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Dienstverträge bei den ÖBB (AVB)“ treten mit 1. Jänner 1996 in Kraft und sind seither mehrfach geändert worden. Solche Änderungen erfolgen im Allgemeinen durch Vereinbarungen zwischen Belegschaftsvertretung und Vorstand. Auf Grund dieser Entwicklung gibt es seither aus arbeitsrechtlicher Sicht bei den ÖBB folgende Gruppen von Mitarbeitern:

- ÖBB-Beamte (ca 41.300), die zwar auch unter den Geltungsbereich der AVB fallen, denen aber in den erwähnten Übergangsbestimmungen eine Reihe von Rechten (wie namentlich die Definitivstellung, die einjährige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, die Zahlung des Entgelts im Vorhinein, das eigene Pensionsrecht) gewahrt wurden.
- ÖBB-Angestellte nach den AVB (ca 5.830), deren Verträge dem Angestelltenrecht ähnlich sind und die den Pensionsregelungen des ASVG unterliegen.
- Sonstige Mitarbeiter (1.000) wie Teilbeschäftigte, Gelegenheitsarbeiter, Feriapraktikanten, Sondervertragsbedienstete und Lehrlinge mit jeweils angepassten Sonderregelungen.

Jedenfalls erfolgte die Harmonisierung der Pensionssysteme zum damaligen Zeitpunkt insofern als das System der Definitivstellung ersatzlos für alle Neuaufnahmen abgeschafft wurde, sodass jeder neue Bedienstete bei den ÖBB sich jedenfalls im System des ASVG ohne Einschränkungen wieder findet.

ÖBB Dienstrechtsgesetz 2003

Im Anschluss an die bereits erfolgten Eingriffe in das ÖBB-Dienst- und Pensionsrecht waren nun Eingriffe des Gesetzgebers in das Dienst-, Besoldungs- und Personalvertretungsrecht geplant. Der dazu vorliegende Ministerialentwurf (ME) sah im Wesentlichen für die Bediensteten folgende gravierende Änderungen vor: Einfrieren bei Biennalsprünge, Dienstjubiläen, Dienstreisen, Entgeltfortzahlung, Urlaub und Pflegefreistellung, Arbeitszeit, durch weitgehende Aufhebung des Kündigungsschutzes (für die Altbediensteten) sowie durch Beseitigung des BBVG mit der Folge der künftigen Geltung des ArbVG. Der Entwurf des ÖBB-DRG erwies darüber hinaus in allen Bereichen Verfassungswidrigkeiten auf. Dies entweder durch Verletzung der Eigentumsgarantie und/oder des Gleichheitssatzes in seiner Ausprägung als Vertrauensschutz bzw des Schutzes wohl erworbener Rechte.

Ganz allgemein fehlte dem Entwurf in jedem Fall die notwendige sachliche Rechtfertigung, die weder im Einsparungswunsch allein, noch in der angeblichen Gleichbehandlung mit anderen Unternehmen begründet sein kann. Die geplanten gesetzlichen Eingriffe in das koalitionär begründete und einzelvertraglich wirksam gewordene Pensions-, Dienst- und Besoldungsrecht würden auch zu Verstößen ge-

gen Art 12 StGG sowie Art 11 MRK, führen wobei es um die verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit in ihrer Ausprägung als Betätigungsfreiheit der Koalition geht, führen.

Ein spezielles, aber ganz grundsätzliches Problem unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes ergibt sich insbesondere auch daraus, dass mit dem ÖBB-DRG ein Sonderarbeitsrecht für einen einzigen Arbeitgeber (bzw dessen Konzern) geschaffen werden würde, das vom allgemeinen Arbeitsrecht schon darin abweicht, dass es nicht dem Arbeitnehmer-Schutz dient, sondern geradezu im Gegenteil einen spezifischen und singulären Arbeitgeber-Schutz verankert. Eine ausreichende sachliche Rechtfertigung dafür kann weder in den erklärtermaßen im Vordergrund stehenden Einsparungszielen noch in der angeblichen Gleichstellung mit den „im Wettbewerb stehenden Unternehmen“ gefunden werden. Schon aus dieser allgemeinen Sicht heraus ist daher eine Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung des Gleichheitssatzes anzunehmen.

Europarechtliche Bedenken

Auch in europarechtlicher Hinsicht ist der vorliegende Entwurf in mehrfacher Hinsicht problematisch und widerspricht dem geltenden Recht der Europäischen Union:

- **Arbeitszeitrichtlinie:** In der Praxis arbeiten die ÖBB derzeit unter Missachtung der Vorgaben der Arbeitszeit-RL der EU auf Basis einer internen Regelung (P-10), die offensichtlich dem Europarecht widerspricht, aber im Wege der Einzelarbeitsverträge Rechtswirkungen entfaltet. Die EU-Widrigkeit besteht nun darin, dass der Gesetzgeber im ÖBB-DRG **nichts** unternimmt, **um die Europarechtswidrigkeit dieses Zustandes zu beseitigen**. Vielmehr sieht § 15 ÖBB-DRG **nur die Ablöse des bisher auf Einzelarbeitsvertrag beruhenden Arbeitszeitrechts mit dem Inkrafttreten eines Kollektivvertrages** vor.
- **Betriebsübergangsrichtlinie RL 23 2001:** Der vorliegende Entwurf ignoriert auch die Schutzbestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie, welche in Art 3 bestimmt, dass die Rechte und Pflichten des übertragenden Unternehmens auf den Erwerber grundsätzlich unverändert übergehen. Dieser Grundsatz wird insbesondere durch die §§ 6 bis 9 sowie §§ 14 und 15 zu Lasten des Dienstnehmers durchbrochen. Zur Gänze ignoriert der Entwurf Art 4 der RL wonach Kündigungen anlässlich eines Betriebsüberganges unzulässig sind.

Seitens der Gewerkschaft der Eisenbahner wurde Klage beim Obersten Gerichtshof in Hinblick auf die Anwendbarkeit des AZG und des ARG für die Bediensteten bei der ÖBB seit der Ausgliederung erhoben. Es befindet sich mittlerweile ein Gesetzesentwurf in Begutachtung, welcher den bestehenden Umsetzungsverzug beseitigen soll.

Streik und Verhandlungsauftrag

Die massiven und aus der Sicht der Gewerkschaft verfassungswidrigen Versuche des Gesetzgebers in dieser Form in das Dienstrecht einzugreifen haben in der Folge zum unbefristeten Streik der Gewerkschaft der Eisenbahner gegen die in Aussicht genommenen Dienstrechtsänderungen geführt. Ergebnis dieses Streikes war die Herausnahme der dienstrechtlichen Bestimmungen aus dem Entwurf zum Bundesbahnstrukturgesetz 2003. Gleichzeitig wurde dem Vorstand der ÖBB, sowie der Personalvertretung seitens der Verhandlungspartner ÖGB/GdE, und dem Herrn Bundesminister der Verhand-

lungsauftrag erteilt, bis 30. April 2004 das Dienstrecht der Bediensteten der ÖBB in vier Punkten neu zu verhandeln und zu adaptieren. Bei den Verhandlungspunkten handelt es sich im Wesentlichen um:

- Die Frage der Einstimmigkeit im Disziplinarverfahren bei Entlassung definitiv gestellter Mitarbeiter;
- Die Fragen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall;
- Die Neustrukturierung der Gehaltstabelle unter Abschwächung des Senioritätsprinzipes sowie;
- Die Neuregelung der Arbeitszeit auf der Basis der EU-rechtlichen Vorgaben durch die Arbeitszeitrichtlinie.

Trotz massiver Einwände der Gewerkschaft der Eisenbahner und entgegen dem erklärten Rat der Experten, allen voran dem Rechnungshof, trat das Bundesbahnstrukturgesetz am 30. Dezember 2003, wie erwähnt ohne den dienstrechtlichen Teil, in Kraft. An arbeitsrechtlichen Konsequenzen verblieb im Gesetz lediglich die Außerkraftsetzung des BBVG unter gleichzeitiger Inkraftsetzung des gesamten ArbVG, soweit dieses nicht schon aufgrund bereits bestehender Verweisungen galt.

Exkurs Pensionsrecht

Zum ÖBB-Pensionsrecht hat der Gesetzgeber im Eisenbahnrechtsanpassungsgesetz (EIRAG; BGBl I 1998/15) Rahmenbedingungen für eine Neuordnung geschaffen, die konkrete Umsetzung jedoch wieder den Verhandlungen mit der Personalvertretung überlassen. Diese erfolgte zunächst durch die 27. Novelle zur Pensionsordnung 1966. Dieses System wurde jedoch nach Änderung der politischen Verhältnisse im Jahre 2000 verlassen und zunehmend von Grund auf in Frage gestellt. Damit zusammenhängend kam es zu einer Reihe von unmittelbaren, Rechte und Anwartschaften wesentlich verschlechternden gesetzlichen Eingriffen in das bestehende ÖBB-Pensionsrecht. Zu nennen sind – nach Aufhebung des Pensionsreformgesetzes 2000 durch den VfGH aufgrund formaler Fehler – das Pensionsreformgesetz 2001 mit dem BB-PG 2000 und einschlägiger Änderungen im BBG, das Budgetbegleitgesetz 2001 sowie das Budgetbegleitgesetz 2003 mit wesentlichen Änderungen des BB-PG und pensionsrelevanter Bestimmungen des BBG. Mittlerweile hat der VfGH die Zulässigkeit des Eingriffes durch die Novelle 2001 im Herbst des Jahres 2003 bereits bestätigt. Die wesentlich massiveren Eingriffe durch das Budgetbegleitgesetz 2003 werden hinkünftig erst Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Überprüfung durch den Gerichtshof sein.

Zusammenfassung

Mit Inkrafttreten des Eisenbahnstrukturgesetzes wurden die ÖBB nunmehr in neun Gesellschaften aufgeteilt. Das Bahnbetriebsverfassungsgesetz wurde aufgehoben und zur Gänze durch das Arbeitsverfassungsgesetz ersetzt. Die Betriebsratsstrukturen sind bis längstens 31. Dezember 2005 an die geänderten Strukturen anzupassen. Die Mitbestimmungsrechte werden aber schon ab dem 1. Jänner 2004 ausschließlich aufgrund des ArbVG ausgeübt. Die Reform des Dienstrechtes wurde an die Personalvertretung, und soweit Kollektivverträge betroffen sind an die Gewerkschaft delegiert.

2.6. Die Arbeit der SCG-Schienen-Control-GmbH und die ÖBB Reform¹⁹

Gerhard Fuhrmann

Schiene und Wettbewerb

Wenn man über Reformen im Eisenbahnwesen nachdenkt ist es immer wieder sinnvoll sich die Ziele der Europäischen Union in diesem Bereich vor Augen zu führen. Seit mehr als fünfzehn Jahren spricht die Europäische Gemeinschaft davon, dass es notwendigerweise zu einer Revitalisierung der europäischen Bahnen kommen muss, weil die Marktanteile der Schiene im Personen- und Güterverkehr dramatisch gesunken sind. Ziel der Gemeinschaft ist es daher, dass die Bahnen als sicheres Verkehrssystem wieder Marktanteile von der Straße zurückgewinnen. Denn der Hauptkonkurrent für die Eisenbahnen waren in der Vergangenheit nicht so sehr andere schienengebundene Wettbewerber, sondern im Güterverkehr der LKW, im Personenverkehr der PKW und die Busse.

Die wichtigsten Punkte der Reformen waren unter anderem das Verbot von Diskriminierung der Eisenbahnen untereinander, aber auch des Eisenbahnwesens gegenüber dem Straßenverkehr, weiters die Errichtung eines unabhängigen Managements und die Entschuldung und Sanierung der Finanzstruktur der Eisenbahnunternehmungen. Bezüglich der Organisation fordert die europäische Verkehrspolitik bei integrierten Unternehmungen eine Trennung in zwei Bereiche nämlich die Infrastruktur und den Verkehrsbereich, wobei diese Trennung vor allem eine rechnerische, finanzielle und organisatorische ist. Eine rechtliche Trennung dieser zwei Bereiche kann vorgenommen werden.

Die Aufgaben des österreichischen Regulators, der bereits seit Anfang 2000 eingerichtet wurde sind ähnlich den Vorgaben der EU formuliert und sehen unter anderem den chancengleichen Wettbewerb zwischen den Eisenbahnunternehmungen vor, die Förderung des Eintritts neuer Bahnen und das Tätigwerden bei Beschwerden und auch von Amtswegen.

Die Situation in Österreich zeigt, dass der Eisenbahnmarkt geöffnet wurde und im Güterverkehr praktisch eine 100%ige Liberalisierung besteht, das heißt, dass alle Güterverkehre national und international ohne Diskriminierung bei der Trassenvergabe in den letzten vier Jahren das österreichische Schienennetz und hier vor allem natürlich das Schienennetz der ÖBB benutzen konnten.

Das Richtlinienpaket mit den Richtlinien 2001/12-14 hätte bereits am 15. März 2003 auf nationaler Ebene umgesetzt sein müssen. Österreich hat durch das Schienenverkehrsmarktregulierungsgesetz des Jahres 1999 bereits einige der Forderungen der Richtlinien umgesetzt, ist aber bei den restlichen Bestimmungen bis heute säumig. Wobei davon auszugehen ist, dass noch vor dem Sommer 2004 die Eisenbahngesetznovelle im Parlament beschlossen werden wird. Da auch andere Staaten bei der Umsetzung der Richtlinien relativ zögerlich vorgegangen sind hat sich der Wettbewerb erst schrittweise in Europa belebt. Dennoch kann bereits festgestellt werden, dass es zum Beispiel in Deutschland

19) Dr Gerhard Fuhrmann ist Geschäftsführer der SCG und SCK.

schon mehr als 250 neue Eisenbahnverkehrsunternehmen gibt und auch in Österreich schrittweise neue nationale und internationale Verkehrsunternehmen am Wettbewerb teilnehmen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es der ÖBB gelungen ist im Güterverkehr im europäischen Vergleich ganz vorne an der Spitze mit den besten Eisenbahnunternehmen Europas mitmischen zu können. Bezogen auf die Einwohnerzahl ist die ÖBB im Güterverkehr wahrscheinlich sogar das beste Unternehmen der EU. Im Gegensatz zu Europa, wo der Güterverkehr der Schiene nur noch einen Marktanteil von etwa 12% hat, dürfte dieser in Österreich bei mehr als 30% liegen.

Als österreichischer Eisenbahnregulator ist es in den letzten 4 Jahren gelungen sicherzustellen, dass es bei der Trassenvergabe keinerlei Diskriminierung von Eisenbahnverkehrsunternehmen gegeben hat und es musste auch kein einziger Zug bei einem Trassenwunsch abgewiesen werden. Obwohl der Regulator nur aus einem kleinen Team von Experten besteht hat er dennoch in allen Bereichen die von der Liberalisierung betroffen sind neutral gegenüber allen Hilfesuchenden eine effiziente und rechtzeitige Problemlösung erreicht. Wobei es hier weniger notwendig war durch Streitentscheidungen der Schienen-Control Kommission tätig zu werden, sondern es hat sich viel mehr als erfolgreich herausgestellt schon im Vorfeld von Konflikten bei der Beseitigung von Problemen aktiv mitzuwirken.

Die ÖBB-Reform

Bei der im Vorjahr beschlossenen Reform der ÖBB, die eine Teilung des Unternehmens in zumindest neun Gesellschaften vorsieht und die damit weit über den von der EU geforderten Rahmen hinausgeht, ist zu befürchten, dass die zukünftigen Teilunternehmen nicht mehr den von der EU vorgegebenen Zielen in vollem Umfang entsprechen werden können. Schon die lange Dauer der Reformdiskussion hat natürlich dazu geführt, dass viele Überlegungen über die strategische Ausrichtung der ÖBB von den Fragen der Organisationsstruktur und der Personalentscheidungen für die zahlreichen neuen Vorstandspositionen beeinflusst waren. Auch in der Umsetzungsphase der neuen Struktur, die zumindest bis Ende 2004 anhalten wird, ist nicht mit einem verstärkten Auftreten der ÖBB im Verkehrsmarkt zu rechnen. Die Zahlen beim Güterverkehr zeigen bereits im Jahr 2003 eine Stagnation und auch für 2004 ist mit keinem weiteren Anstieg der beförderten Tonnen zu rechnen.

Schon im Vorfeld der Erweiterung der EU, die am 1. Mai 2004 stattfinden wird, wäre es sinnvoll gewesen sich verstärkt in diesen Märkten zu etablieren. Dies ist jedoch nur in geringem Umfang geschehen.

Als Regulator ist es von besonderer Wichtigkeit, dass ein fairer Wettbewerb auf dem Schienennetz sichergestellt wird. Hier gibt es zwei Tendenzen die diesem Bestreben widerlaufen könnten. Das ist erstens die Entwicklung des Benützungsentgeltes. Die EU-Richtlinie sieht vor, dass dieses Entgelt vom Infrastrukturbetreiber bzw von einer unabhängigen Stelle berechnet und festgelegt wird. In Österreich kann das leider der Infrastrukturbetreiber des ÖBB-Netzes nicht machen, weil er eine Genehmigung des BMVIT benötigt. In offiziellen Erklärungen wurde wiederholt festgestellt, dass das Benützungsentgelt in den nächsten Jahren von etwa 330 Mio € auf etwa 530 Mio € ansteigen soll.

Die EU-Richtlinien schreiben vor, dass das Benützungsentgelt sich an Grenzkosten orientieren soll und daher im Laufe der Jahre nur geringen Schwankungen unterliegen würde. Wenn es aber zu einem derart rasanten Anstieg kommt ist zu befürchten, dass der sich langsam belebenden Wettbewerbsmarkt auf der Schiene diese hohen Steigerungen nicht verkraften kann und einige neue Verkehrsun-

ternehmen ihre Geschäftstätigkeit auf der Schiene einstellen und ihre Transporte auf der Straße durchführen werden.

Eine zweite problematische Tendenz ist die Gefahr einer mangelnden Sicherstellung des Wettbewerbs auf der Schiene und die Entwicklung eines Oligopols weniger, sehr großer, marktbeherrschender Eisenbahnunternehmen. Als Beispiel sei hier die Deutsche Railion genannt, die nicht nur den gesamten deutschen Verkehrsmarkt beherrscht, sondern auch bereits den niederländischen und dänischen Güterverkehr gekauft und sich an anderen Eisenbahngüterverkehrsunternehmen beteiligt hat.

Durch die Trennung der ÖBB ist zu befürchten, dass der Güterverkehrsteil der ÖBB entweder im Wettbewerb mit Railion nicht bestehen kann oder sogar von ihr aufgekauft werden wird. Als Folge wäre dann der Eisenbahngüterverkehr in Österreich von Deutschland aus bestimmt und der Rückzug aus der Fläche und die Konzentration auf sehr profitable Güterverkehre würde verstärkt stattfinden. Dies würde aber bedeuten, dass die Zielsetzung der EU und vieler österreichischer PolitikerInnen, nämlich mehr Verkehr von der Straße auf die Schiene zu bekommen in keinster Weise entsprochen würde.

Für die Arbeit als Regulator lässt sich daher zusammenfassend festhalten, dass die Zusammenarbeit mit den Infrastrukturunternehmen als auch die mit den ÖBB in der Vergangenheit korrekt und erfolgreich durchgeführt werden konnte. Die Bahnen haben ihren Marktanteil in der Vergangenheit halten können, neue Verkehrsteilnehmer sind auf das Schienennetz gekommen. Für die Zukunft ist allerdings zu befürchten, dass es zu verstärkten Konflikten auf der Schiene kommen wird und ein Abnehmen der Gütertonnagen stattfinden wird und auch der Wettbewerb zu einer Verdrängung der kleineren Verkehrsunternehmen führt.

2.7. Überzeugungen eines Bahnchefs

Benedikt Weibel

Ein Bahnsystem europäischen Zuschnitts ist ohne staatliche Beihilfen nicht lebensfähig²⁰

“... , but the reality is this business depends on government support and it's as simple as that.”²¹

Eine Bahn europäischen Zuschnitts heißt:

- Dichtes Netz;
- Hohe Dichte an Bahnhöfen, Weichen, Signalen;
- Personen- und Güterverkehr auf dem gleichen Netz.

Die zentrale Herausforderung für jedes Bahnmanagement ist das Gleichgewicht zwischen Qualität und Effizienz

Jeder Bahnchef nimmt schnell und schmerzlich zur Kenntnis, dass diese beiden Ziele in einem gewissen Widerspruch stehen:

- Qualität – Pünktlichkeit, Sauberkeit, Sicherheit - ist eine ultimative Randbedingung. Im Bahnbetrieb heißt das u.a. Redundanz schaffen und Reserven an Material und Personal bereitstellen, beides ausgesprochen kostenintensive Elemente.
- Effizienz des Mitteleinsatzes ist eine zwingende Notwendigkeit. Die öffentlichen Mittel sind beschränkt und die Bahnunternehmung tut gut daran, den Nachweis für den optimalen Einsatz dieser Mittel permanent zu erbringen.

Die SBB hat während der vergangenen 10 Jahre die Tonnenkilometer gegen 30%, die Personenkilometer um knapp 25% gesteigert. Der Personalbestand ist im gleichen Zeitraum um mehr als 25% gesunken.

Diese Entwicklung war nur möglich, weil wir 1993 mit den Gewerkschaften einen "Sozialvertrag" vereinbart haben. (In der Schweiz waren die Eisenbahner auch zu Zeiten des Beamtenrechts (seit 2000 abgeschafft) nur jeweils auf 4 Jahre gewählt.) Die Unternehmung sicherte zu, keine Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen vorzunehmen; die Arbeitnehmer verpflichteten sich im Gegenzug zu beruflicher und geographischer Mobilität. Basis für diesen Vertrag bildet die gemeinsame Einsicht, dass eine effiziente SBB die beste Garantie für die langfristige Sicherung von Arbeitsplätzen bildet.

20) Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag von Dr. Benedikt Weibel, CEO der SBB AG, gehalten bei der AK-Veranstaltung: „ÖBB-Reform: Keine Fahrt ins Blaue“ am 1. Dezember 2003.

21) Financial Times 9. Oktober 2001

Wir standen damals vor einer großangelegten politischen Bahnreform mit einer fundamentalen Umgestaltung sämtlicher gesetzlicher Grundlagen. Ich war immer überzeugt, dass die Position der SBB in diesem Prozess umso glaubwürdiger ist, je besser wir den Beweis haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln erbringen.

Die operative Führung einer Bahn ist ausgesprochen anspruchsvoll

Die Bahn läuft Tag und Tag ohne jeden Unterbruch. Es ist nicht zu vermeiden, dass eine erhebliche Anzahl Störungen auf das System einwirkt. Dichte Fahrpläne und unzählige Verknüpfungen führen dazu, dass sich solche Störungen sehr schnell netzweit auswirken. Der Frage der Sicherheit kommt jederzeit eine besondere Bedeutung zu.

Diese Führungsaufgabe ist nur mit einer klaren Regelung der Verantwortung zu bewältigen

Der oberste Grundsatz unternehmerischer Führung heißt: Klare Verantwortungen definieren. Im Falle der SBB trage ich persönlich diese oberste operationelle Verantwortung. Ich stehe gerade für die Qualität und in den schlechten Tagen für Betriebsstörungen und Unfälle. Selbstverständlich habe ich auch die Rechnungsergebnisse zu verantworten.

Die Zerschlagung der Bahn in autonome Einheiten bricht diese Einheit der Verantwortung auf. Sie wird ersetzt durch eine Anzahl unabhängiger Akteure mit oft unterschiedlichen Interessen. Anstelle klarer Entscheidhierarchien tritt ein System von Verträgen.

Ich bin zutiefst überzeugt, dass damit die Funktionsweise dieses komplexen Systems aufs schwerste gefährdet wird. Anstelle von Entscheiden treten Verhandlungen und Schiedsgerichte. Damit wird die systembedingt relativ starre Bahn noch unflexibler. Als Verwaltungsrat der SNCF kann ich das live miterleben. Der Vertrag für den Unterhalt des Schienennetzes im Jahre 2003 zwischen der SNCF und der Infrastrukturunternehmung RFF konnte erst im Oktober (!) nach einem Schiedsverfahren der Regierung abgeschlossen werden. Insgesamt sinken damit Effizienz, aber auch Transparenz.

Die SBB steht vor der wohl größten Herausforderung ihrer Geschichte. Am 12. Dezember 2004 wird das neue System "Bahn 2000" eingeführt. Basis dafür bilden über 100 große Bauprojekte, das gewichtigste eine rund 50 Kilometer lange Neubaustrecke im Zentrum der Schweiz. Der Fahrplan wird völlig neu konzipiert. 90% der Züge erhalten eine neue Fahrlage. Die Reisezeiten sinken sehr erheblich und zwar auf dem ganzen Netz, beispielsweise von Bern nach St Moritz um eine Dreiviertelstunde. Auf der Neubaustrecke wird außerdem das neue Zugsteuerungssystem ERMTS (European Rail Traffic Management System) eingeführt, mit nicht unerheblichen technischen Risiken. Auch für diese Operation ist die Verantwortung in unseren Verhältnissen absolut klar geregelt. Es scheint mir schlicht unmöglich, ein derart anspruchsvolles Projekt ohne diese klaren Entscheidungsbefugnisse einzuführen.

Ich habe festgestellt, dass in den österreichischen Zeitungen relativ viel über die Schweiz berichtet wurde. Dabei wurde einiges auch falsch interpretiert. So sind die sog "Privatbahnen" nicht eigentlich privat, sondern praktisch ausnahmslos im öffentlichen Besitz von Kantonen und dem Bund. Es handelt sich dabei allesamt um integrierte Bahnunternehmungen, wie beispielsweise die Rhätische Bahn mit einem großen Schmalspurnetz im Kanton Graubünden. Ein Konkurrenzverhältnis zur SBB besteht nur in Ausnahmefällen.

Erfolgreiche Bahnen sind überall auf der Welt integrierte Bahnen, dh sie umfassen den Verkehrs- und Infrastrukturbereich. Das gilt für die Personenverkehrsbahnen in Japan ebenso wie für die Güterverkehrsbahnen in den USA. Einer meiner amerikanischen Kollegen, der eine sehr erfolgreiche, börsennotierte Güterverkehrsbahn führt, hat mir einmal erklärt: "Die Infrastruktur ist für die Qualität der Leistungen und die Kosten entscheidend. Deshalb muss ich sie direkt führen können."

Eine klare Regelung der Verantwortung schließt hohe Eigenverantwortung von Geschäftsbereichen nicht aus

Ich muss jetzt einem allfälligen Eindruck entgegentreten, alle Entscheidungen seien bei einer Bahnunternehmung auf die hierarchische Spitze zu konzentrieren. Selbstverständlich gelten die zentralen Grundsätze betreffend Delegation. Aber: Schon das Wissen, dass es eine in operativen Dingen letzte Entscheidungsinstanz gibt, führt dazu, dass Konflikte zwischen einzelnen Bereichen in der Regel auf unterer Stufe bereinigt werden. Anders sind so große und komplexe Unternehmungen gar nicht zu führen.

Die Struktur der SBB ist sehr einfach und logisch. Sie basiert auf den drei Geschäftsbereichen Personenverkehr, Güterverkehr und Immobilien sowie der Infrastruktur, welche Leistungen für die Geschäftsbereiche, aber auch für sogenannte "Dritte" erbringt. Die Ressourcen, namentlich Lokomotiven, Lokomotivführer und Unterhaltsdienste sind den einzelnen Bereichen zugeordnet. Damit ist die Einheit von Verantwortung und dafür notwendigen Mitteln gegeben. Der Güterverkehr ist aus Gründen seiner Koalitionsfähigkeit eine Aktiengesellschaft, die in die Entscheidungshierarchie des Konzerns eingebettet ist.

Wettbewerb auf der Schiene steigert die Effizienz

Der "intramodale" Wettbewerb beginnt sich im Bahngüterverkehr durchzusetzen. Der Kunde will zwischen verschiedenen Anbietern wählen können. In den immer wichtigeren internationalen Verkehren will er nur einen Vertragspartner, der eine integrale Verantwortung ausübt.

Das oberste Ziel des SBB-Güterverkehrs ist, auf der Nord-Süd-Achse durch unser Land einen möglichst hohen Anteil auf der Schiene zu transportieren. Wir fahren auf dieser Achse bereits mit Zügen in Deutschland und nehmen ab Mitte Dezember 2003 den Betrieb in Norditalien auf. Damit dieser Wettbewerb spielt, ist der "diskriminierungsfreie Zugang auf die Schiene" zu garantieren. Es wird oft argumentiert, deshalb sei die Verselbständigung der Infrastruktur notwendig. Ich halte das für ein Scheinar-

gument. Was es braucht, ist ein Regulator, welcher den Prozess der Trassenplanung und –zuteilung verfolgt, überwacht und wenn nötig eingreift.

Eine gut funktionierende effizient erbrachte Grundversorgung mit öffentlichen Dienstleistungen ist vital

Die Grundversorgung mit öffentlichen Dienstleistungen ist eine Art "Hygienefaktor". Man nimmt diese Leistungen erst wirklich wahr, wenn sie den Ansprüchen nicht mehr genügen. Das gilt auch für die Leistungen der Bahn. In England und in Holland hat die Fragmentierung der ursprünglichen Staatsbahnen zu gravierenden Problemen geführt. Es zeigt sich dabei, dass es in diesen Fällen außerordentlich schwierig ist, eine Negativspirale wieder umzukehren. Es geht in jedem Bereich dieser Grundversorgung um die gleichen Grundfragen:

- Wie viel?
- Wie finanziert?
- Wie kann die Effizienz des Mitteleinsatzes gesichert werden?

Eine Bahnreform muss diese Fragen beantworten.

Die Schweiz hat 1998 eine umfassende Bahnreform mit folgenden Elementen eingeführt:

- Entschuldung der SBB.
- Definition der Rolle und der zentralen Aufgaben.
- Definition der Rolle und der Verantwortung der SBB in einem neuen Gesetz.
- Festlegung der strategischen Ziele für die einzelnen Bereiche sowie Genehmigung des entsprechenden Zahlungsrahmens für die Infrastruktur jeweils für 4 Jahre durch das Parlament.
- Detaillierte, quantifizierte und strategische Ziele des Bundesrates für die SBB, ua in den Bereichen Finanzen, Produktivität und Sicherheit. So wird beispielsweise dem Güterverkehr die Vorgabe gesetzt, in den nächsten 4 Jahren die Produktivität jährlich um 5% zu steigern.
- Einführung von Wettbewerb: Netzzugang im Güterverkehr, Möglichkeit, regionale Verkehrsangebote auszuschreiben.

Die Schweizerische Politik hat die Schlüsselfragen damit klar beantwortet und einen, wie ich meine, sehr tauglichen Rahmen für die SBB gesetzt.

2.8. Britain's railways since privatisation²²

Jon Shaw

This paper and the attached statistics provide a general overview of developments since the privatisation of British Rail between 1995 and 1997. It first explains the method of reorganisation and privatisation employed in Great Britain, and then presents the main consequences of these.

Reorganising British Rail

The White Paper on rail privatisation, *New Opportunities for the Railways*, was published in 1992. Although it recognised that the efforts of BR and its staff had contributed to “significant improvements in recent years”, and that “the productivity of the BR workforce is among the highest of any European railway”, the White Paper went on to say:

“Regular users know that the performance of the railways is not good enough. Too frequently, and on too many lines, the quality of service fails to meet the travelling public's expectations. BR's staff and management work hard to improve services. But they are limited by the structure of the industry in the sector.”

New Opportunities for the Railways overlooked the distinct possibility that sustained underinvestment, rather than “the structure of the industry in the public sector”, was primarily responsible for the perceived under-performance of the railway. Whilst it pointed out that in 1991 investment was the highest in real terms since 1962, there was no mention of the fact that Britain's record on railway infrastructure spending – as with transport infrastructure more generally – compared poorly with those of other European Union countries. It also failed to note that the principal reason for “greatly increased” rail investment was the need to prepare for the commencement of Channel Tunnel rail services rather than the delivery of strategic long-term improvements to the domestic network.

A clear structure for the privatised railway industry was finalised in 1994/1995. Reflecting the Conservatives' belief in competitive “free” market, BR was vertically separated – that is, the various aspects of its operations (train service provision, infrastructure and engineering and so on) were split apart from each other – in order to liberalise almost every aspect of the industry. There would be 25 franchised Train Operating Companies (TOCs) to run passenger services, seven freight operators, three rolling stock leasing companies (ROSCOs) and a host of maintenance and other support companies. The only remaining monopoly of any size would be the infrastructure owner, Railtrack, which would sell track access to competing train companies and buy in the upkeep and development of its network from competing maintenance and track renewal companies. Railtrack has now been replaced by Network Rail, a not-for-profit company backed by government finance.

22) Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag von Dr Jon Shaw, University of Aberdeen, gehalten bei der AK-Veranstaltung: „ÖBB-Reform: Keine Fahrt ins Blaue“ am 1. Dezember 2003.

All BR's successor companies would interact on a commercial basis and relationships between them would be governed by contract. The office of the Passenger Rail Franchising (OPRAF) would transfer the TOCs to the private sector, monitor their performance and disburse subsidy where required. Subsidy was paid only to TOCs – who would combine these with ticket revenues to pay their bills (such as track access charges) at market rates and, it was hoped, make a profit – at a level determined by the franchise bidding competition. The Office of the Rail Regulator (ORR) would, among other things, oversee commercial interactions between train operators and Railtrack, and promote competition where possible.

Outcomes of reorganisation and privatisation

There have certainly been some positives since reorganisation and privatisation. Passenger and freight traffic has increased in both absolute and relative terms. The number of passenger kilometres travelled rose to the higher than the 1950s (although the number of passenger journeys is still some way behind) and the amount of freight moved was returning to 1991 levels (the early 1990s were particularly bad for BR's freight business). Some of this growth in traffic, which is welcome in the context of integrated, or "sustainable", transport policy, is attributable to the efforts of the private sector railway companies. Innovative marketing campaign allied with good value off-peak deals (Apex-style tickets have fallen in cost by 5,6% over the past eight years) have attracted more leisure travellers on to the trains. Heavy investment in new and refurbished rolling stock has improved the comfort of many journeys. Around £ 3 billions has been spent on new passenger rolling stock and £ 803 million has been invested in freight rolling stock. The average age of passenger trains in service has fallen to 19,33 years, and this will fall further when the Mark 1 rolling stock operating to the south of London is withdrawn.

The number of passenger train kilometres is 20% higher than at the time of privatisation – in other words, more trains are running on the network. This has, however, produced problems of overcrowding and congestion, and the Strategic Rail Authority is beginning to remove certain trains as part of the Capacity Utilisation Strategy it has designed to increase punctuality. There are also range of other benefit, such as first class lounges, the National Rail Enquiry Service (getting telephone information out of BR was quite a challenge at times) and its associated website, nationalrail.co.uk. Rail magazine editor Nigel Harris also argues that the customer service on some companies, such as GNER, has improved beyond all measure since privatisation. It is worth saying in addition that although there have been a number of high profile accidents since privatisation – which some commentators attribute directly to the privatised operating regime – the railway's safety record remains impressive and, statistically speaking, has not worsened.

All of this has, however, come at a price. As noted, there has been increased congestion and this, coupled with the effects of the Hatfield accident, has resulted in punctuality falling to around 80% (70% on long distance lines), worse than BR's 1990s average of around 90%. Although fares have been partially regulated, they have increased on average by 3,4% in real terms since 1995. What is more, this conceals some rather larger increases around the network. First class fares – which are unregulated – on long distance companies (such as Virgin) have increased by an astonishing 36,1% in real terms, and regulated long distance standard class tickets (eg Savers) have gone up by 15,2%. (The system of regulation is quite complex – this is allowed so long as reductions apply in other areas.)

The most significant increase has been in the amount of government subsidy required to prop up the privatised railway. Support in the last year of BR's operation as a single unit (before it was reorganised

for privatisation) was £ 1.627 million. The figure had hovered around the £ 1.600 million mark throughout the early 1990s, although this historically high amount was influenced by necessary Channel Tunnel works. Subsidy increased immediately after privatisation to around £ 1.800 million and then fell back to around £ 1.200 million before rising again to around £ 3.800 million last year.

Some of the increase in subsidy following privatisation is accounted for by a backlog of investment accrued under BR, but a significant proportion is also due to the reorganisation of the industry and mistakes which have resulted from this. Blunders by Railtrack (such as poor project specification), lawyers and others involved in setting up the privatised railway system (such as bad contract specification), train operating companies (for example reducing staff numbers by too much) and, inevitably, politicians (for restructuring too much too quickly). The costs of running the railway have increased so much that although last year over £ 4.000 million was invested (there is overlap with the subsidy figure here – see below), comparatively little of that will be spent on actually enhancing the system. Such levels of investment were all but unimaginable in the days of BR but it is extremely likely that had they been forthcoming, they would have bought a great deal more at far better value.

One final point worth considering it that a reasonable proportion of the growth which has occurred on the railway since BR was sold has probably been nothing to do with privatisation at all. Road traffic is up, people (wrongly) perceive that car travel is too expensive and the fortunes of the railway are bound up with the fortunes of the economy. The recovery of the latter from recession in the mid 1990s will undoubtedly have impact upon passenger numbers. Although the increase has been more swift and consistent than in earlier, preprivatisation booms, it is unlikely that the number of new journeys would have been anywhere near as high in the absence of sustained economic growth.

So, from this short collection of evidence some conclusions can be drawn. In essence, taxpayers are coughing up a lot more money for a higher but ultimately unsustainable number of trains, which are newer but less punctual. On average, all passengers are paying more to use the trains but some are paying very much more and some are paying a fair bit less. It is much easier to find out about the trains you want to use and you can still have a very high degree of confidence that it won't be involved in an accident. Still, given the extraordinary amount of additional subsidy which is now required to run overall a similar level of service, my judgement is that we'd have been better off giving BR – which was starved of finance – the additional cash and letting them get on with running the railway.

Deutsche Zusammenfassung: Britanniens Eisenbahnen seit der Privatisierung

Neuorganisation von „British Rail“

1992 wurde das Weißbuch zur Eisenbahnprivatisierung „Neue Möglichkeiten für die Eisenbahn“ veröffentlicht. 1994/1995 wurde die endgültige Struktur der privatisierten Eisenbahnindustrie geschaffen. Entsprechend dem konservativen Glauben in den freien Marktwettbewerb wurde die Britischen Eisenbahnen (BR) vertikal geteilt. Das heißt die verschiedenen Teilbereiche der Tätigkeit (Betrieb, Infrastruktur, Werkstätten, ...) wurden von einander getrennt, um jeden Bereich zu liberalisieren. Es entstanden 25 Zug-Fahrdienst-Gesellschaften (TOCs) für den Personenverkehr, 7 Güter-Gesellschaften, 3 Leasinggesellschaften für das rollende Material (ROSCOs) und Erhaltungs- und Servicegesellschaften. Das einzige verbleibende Monopol alten Zuschnitts war der Infrastrukturbesitzer, Railtrack. Dieser verkauft Schienennetzzugang an konkurrierende Eisenbahngesellschaften und kauft die Erhaltung und

Weiterentwicklung seines Schienennetzes von konkurrierenden Instandhaltungs- und Schienenerrichtungs-Firmen. Inzwischen wurde Railtrack durch Network Rail, eine non-profit Firma die durch staatliche Finanzen gestützt wird, ersetzt. Alle BR-Nachfolgegesellschaften stehen in wirtschaftlicher Beziehung zu einander, die durch Verträge bestimmt wird. Überwacht wurden die kommerziellen Beziehungen zwischen den Eisenbahnbetreibern und Railtrack durch den Eisenbahn-Regulator (ORR), der auch zur Aufgabe hat den Wettbewerb zu fördern.

Die Ergebnisse der Neuorganisation und Privatisierung

Es gab auch einige positive Entwicklungen seit der Privatisierung. Der Personen- und Güter-Verkehr ist sowohl absolut als auch relativ angestiegen. Die Zahl der gereisten Personenkilometer stieg über das Niveau der 1950er Jahre und die Menge der beförderten Güterfracht schloss an jene von 1991 an (die frühen Neunziger waren für BR schlechte Jahre im Güterverkehr).

Einiges des Zuwachses in Schienenverkehr, was gut im Sinne einer integrierten und nachhaltigen Verkehrspolitik ist, kann den Bemühungen der privaten Eisenbahngesellschaften angerechnet werden. Innovative Marketingkampagnen in Verbindung mit preiswerten Nebenverkehrszeit-Angeboten haben vermehrt Freizeitreisende angezogen. Große Investitionen in neue und neu ausgestattete Waggons hat den Komfort vieler Reisen verbessert. Rund 3 Mrd £ wurde in neue Personenwaggons investiert und 803 Mio £ in Güterwaggons. Das durchschnittliche Alter der Personenzüge fiel auf 19,33 Jahre.

Die Personenkilometer sind um 20% höher als zum Zeitpunkt der Privatisierung. Oder anders ausgedrückt mehr Züge verkehren im Schienennetz. Das verursacht Probleme wie Überfüllung und Staus, sodass die Strategische Eisenbahnbehörde nun gewisse Züge aus dem Netz nimmt, um die Pünktlichkeit zu erhöhen. Die Pünktlichkeit ist auf 80% gefallen, 70% bei Langstreckenlinien, schlechter als der BR Durchschnitt der 1990er Jahre von ca 90%. Obwohl die Fahrpreise teilweise reguliert sind, stiegen sie im Durchschnitt um 3,4% (real seit 1995). Erste Klasse Fahrpreise – diese sind unreguliert – stiegen bei Langstreckengesellschaften wie zB Virgin um erstaunliche 36,1% (real), und regulierte Langstrecken-Standardtickets stiegen um 15,2%.

Den auffälligsten Anstieg gab es jedoch bei den bezogenen staatlichen Zuschüssen um die privatisierten Eisenbahnen heraus zu putzen. Der Zuschuss im letzten Jahr der BR als integrierte Einheit (bevor zur Privatisierung umstrukturiert wurde) betrug 1.627 Mio £. Die Zahlen bewegten sich in den 1990er Jahren um die 1.600 Mio £ Marke, wiewohl dieser historische Höchststand von den Investitionen in den Kanaltunnel getragen wurde. Die Zuschüsse stiegen sofort nach der Privatisierung auf rund 1.800 Mio £, fielen dann auf 1.200 Mio £ und stiegen nun wieder auf ca 3.800 Mio £.

Aus dieser kurzen Sammlung von Fakten, lassen sich einige Schlüsse ziehen. Im Grunde wird nun viel mehr Steuergeld für eine höhere, aber letztendlich unbeständigere Anzahl von Zügen ausgegeben, die zwar neuer aber weniger pünktlich sind. Im Durchschnitt zahlen alle Passagiere mehr für ihre Fahrkarte, manche zahlen sehr viel mehr und manche zahlen ein bisschen weniger. Es ist nun leichter Informationen über die gewünschten Verbindungen zu bekommen und man kann noch immer darauf vertrauen, dass man keinen Unfall hat. Hinsichtlich des außerordentlich hohen Betrags an zusätzlichen Zuschüssen, die nun für ein im Großen und Ganzen gleiches Angebotsniveau verwendet werden, kommt Jon Shaw zur Einschätzung, dass man besser dran gewesen wäre, hätte man der Britischen Eisenbahn BR (welche nur spärlich finanziert wurde) dieses zusätzliche Geld zur Verfügung gestellt und sie weiterhin die Eisenbahn betreiben lassen.

Zahlenmaterial²³

Sicherheit

- 87 Vorfälle in den 6 Jahren seit der Privatisierung (ca 14,5 pro Jahr) verglichen mit 42 in den 6 Jahren davor (7 pro Jahr), aber keine statistische Abweichung in der Sicherheit für die Jahre vor und nach der Privatisierung (zB 105 Vorfälle 1985-1990, ca 17,5 pro Jahr)
- Sicherheit steigt langfristig von Dekade zu Dekade
- Die UK-Eisenbahn-Unfallstatistik ist vergleichbar mit anderen dichten Europäischen Eisenbahnnetzen

Passagiere

- 2002-2003: ca 1.000 Mio; 1995-1996: ca 800 Mio (+25%), Höchststand seit frühen 1960er Jahren
- 39,7 Mrd pkm 2002/2003 verglichen mit 30 Mrd pkm 1995/1996 (+30%)
- Fahrplanzüge von 376 Mio km 1997/1998 auf 443 Mio km 2002/2003 (ca +18%)

Pünktlichkeit

- 1997/1998 ca 90% pünktlich, 2002/2003 ca 80% pünktlich
- Pünktlichkeit betrug bei BR in den 1990 zwischen 90-92%

Rollendens Material

- BR bezog 1993-1997 (inkl): 1.043 Fahrzeuge, 889,5 Mio £
- Post-Privatisierung: 1999-2004 (inkl): 2.932 Fahrzeuge, 2.732 Mio £
- Durchschnittliches Fahrzeugalter: 2000/2001: 20,7 Jahre; 2002/2003 19,36 Jahre

Infrastruktur

- 10 neue Stationen seit der Privatisierung; BR eröffnete fast 100 in den letzten 10 Jahren vor der Privatisierung
- Zeitweilige Geschwindigkeitsbeschränkungen sanken von 900 in April 2001 nach dem Hatfield-Unfall auf rund 700
- Kaputte Züge: 709 1996/1997; 444 2002/2003; allerdings Höchststand 952 1998/1999
- Großprojekte brauchen länger als bei BR und kosten geschätzt das Doppelte
- Hochgeschwindigkeitsstrecken kosten um ca 30 mehr als am europäischen Festland

Fahrpreise

- Stiegen um +3,4% (real) seit 1995
- Manche 1. Klasse Fahrpreise stiegen um +36,1%, manche Standardklasse Preise +15,2%

Gütertransport

- Von ca 12 Mrd tkm auf ca 19 tkm (+55%, nun 11,2% Marktanteil für Schiene)
- Aber: Aktuelle Güterzahl sank von 100 Mio t 1995/1996 auf ca 85 Mio t 2002/2003 (-15%, nun 5,1% Marktanteil für Schiene)

Staatszuschuss

- Stieg von 1.697 Mrd £ 1996/1997 auf 3.754 Mrd £ 2002/2003
- BR Durchschnittszuschuss 1985/86-1989/90 ca 800 Mio £; 1990/1991-1994/1995 Ca 1.600 Mio £

Investitionen

- Stieg von 1,25 Mrd £ 1996/1997 auf 4,322 Mrd £ 2002/2003
- Aber: Inklusive ca 1,1 Mrd £ die direkt an Network Rail, London und Continental Railways gezahlt wurden. Massive Kostensteigerung im Eisenbahnsektor bewirken, dass die realen Investitionen weit entfernt von den Zahlen sind.

23) Diese Daten entstammen dem Vortrag von Dr Jon Shaw

3. AKTUELLES AUS WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHT

3.1. Europäische Union

3.1.1. Reform der europäischen Fusionskontrolle

Helmut Gahleitner

Die Neuregelung der europäischen Fusionskontrolle tritt zeitgleich mit der europäischen Neuordnung des klassischen Wettbewerbsrechts (VO 1/2003)²⁴ und der Erweiterung der Europäischen Union am 1. Mai 2004 in Kraft. Für Zusammenschlüsse vor diesem Datum gilt weiterhin die alte Fusionskontrollverordnung (FKVO).

Die neue FKVO, sie trägt die Bezeichnung „VO 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen“, stellt die umfassendste Reform seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung im Jahr 1990 dar. Ziel der Reformbestrebungen ist es, auch in der erweiterten Union mit 25 Mitgliedstaaten und 450 Mio VerbraucherInnen eine effiziente Fusions- und Wettbewerbskontrolle zu gewährleisten. Mit dem neuen Regelwerk will die EU-Kommission auch der im Zusammenhang mit Berufungen gegen Untersagungsentscheidungen geäußerten Kritik durch den Europäischen Gerichtshof erster Instanz (EuG) entgegenwirken²⁵. Der folgende Beitrag stellt die Eckpunkte des Reformpakets vor und unternimmt eine Bewertung aus der Sicht der Arbeiterkammer.

Eckpunkte der neuen Fusionskontrolle

Die Neufassung der Fusionskontrollverordnung ist Teil eines umfassenden Reformpakets, zu dem auch die von der EU-Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Bekanntmachung vom 5. Februar 2004, 2004/C31/03), Best Practice-Leitlinien zur Durchführung von Fusionskontrollverfahren (in englischer Sprache), sowie Maßnahmen zur Verbesserung des Entscheidungsprozesses innerhalb der Kommission zählen. Die wichtigsten Änderungen sind:

- Verstärkung des Prinzips vom „One-Stop-Shop“;
- Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs;
- Berücksichtigung von Effizienzgewinnen;
- mehr Flexibilität im Verfahrensablauf;
- Stärkung der Untersuchungsbefugnisse;

24) Zur Reform des europäischen Wettbewerbsrechts siehe: Wettbewerbsbericht der AK-Wien 2002, Teil 1, Seite 20 ff.

25) Der Europäische Gerichtshof (EuG) hat im Jahr 2002 drei Verbotsentscheidungen der Kommission (Airtours/First Choice, Schneider Electric/Legrand und Tetra Laval/Sidel) aufgehoben und dabei auf zahlreiche Beurteilungsmängel der Kommission hingewiesen.

- nicht legislative Maßnahmen zur Optimierung des Entscheidungsprozesses.

Verstärkung des Prinzips vom „One-Stop-Shop“

Einer der inhaltlichen Schwerpunkte der neuen Fusionskontrollverordnung ist die Verbesserung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Kartellbehörden bei der Prüfung von Zusammenschlüssen. Nach dem Subsidiaritätsprinzip sollten Fälle mit grenzüberschreitender Bedeutung von der Kommission, Fälle mit primär nationalen bzw lokalen Auswirkungen von den nationalen Wettbewerbsbehörden bearbeitet werden. Die neue Fusionskontrollverordnung behält die alten Umsatzschwellenwerte (Art 1)²⁶ bei und will vor allem durch Vereinfachung der Verweisungsvorschriften das Problem von Mehrfachanmeldungen, dh der Notwendigkeit ein Zusammenschlussvorhaben in mehreren Mitgliedstaaten gleichzeitig genehmigen zu lassen, besser in den Griff bekommen. Vor allem im Hinblick auf die EU-Erweiterung haben die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen berechtigtes Interesse, die Zahl der Mehrfachanmeldungen möglichst gering zu halten.

Es soll künftig sowohl für die Kommission als auch für die nationalen Wettbewerbsbehörden leichter werden, das Verweisungssystem in Anspruch zu nehmen. So muss ein Mitgliedstaat in seinem Verweisungsantrag nur noch glaubhaft darlegen, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem gesonderten nationalen Markt erheblich zu beeinträchtigen droht oder den Wettbewerb auf einem gesonderten Markt, der aber keinen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes darstellt, beeinträchtigen würde. Teilt die Kommission diese Auffassung, kann sie (muss aber nicht) an den Mitgliedstaat die Gesamtheit oder einen Teil des Falles verweisen (Art 9 Abs 2 und 3). Neu ist auch die Möglichkeit der Kommission, die Mitgliedstaaten aufzufordern, einen Verweisungsantrag sowohl nach Art 9 (Verweisung an den Mitgliedstaat) als auch nach Art 22 FKVO (Verweisung an die Kommission) zu stellen.

Bemerkenswert ist auch die Neuerung, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bereits vor der Anmeldung eines Zusammenschlusses durch begründeten Antrag die Verweisung an die Kommission beantragen können, sofern der Zusammenschluss in mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden müsste. Voraussetzung für eine zentrale Prüfung durch die Kommission ist es, dass kein betroffener Mitgliedstaat die Verweisung an die Kommission ablehnt (Art 4). Ein strenges Fristenkorsett (idR 10-15 Tage) sorgt dafür, dass Verweisungsanträge nach Art 4, 9 und 22 der FKVO in angemessener Frist entschieden werden.

Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs

Die Kommission hat sich nach Abwägung aller Vor- und Nachteile für die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests entschieden. Demnach werden – wie bisher – Zusammenschlüsse untersagt, „durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ (Art 2 Abs 3). Die intensive Diskussion über die Aufnahme des auf dem Kriterium einer wesentlichen Wettbewerbsverminderung basierenden SLC-Tests („substantial lessening of competition“), welcher insbesondere in den USA, England und Irland verwendet wird, wurde letztlich im Sinne der Rechtskontinuität entschieden.

26) Die Kommission ist ausschließlich für die Prüfung von Zusammenschlüssen zuständig, wenn die beteiligten Unternehmen einen weltweiten Gesamtumsatz von zusammen mindestens 5 Mrd € erwirtschaften und wenn mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio € in Europa erwirtschaften, es sei denn, die Unternehmen erzielen mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat.

Neu ist allerdings, dass die Kommission nunmehr bei den wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen von Fusionen klar zwischen einseitigen Auswirkungen (unilaterale Effekte) und koordinierten Effekten unterscheidet und auf drei Szenarien hinweist, in denen effektiver Wettbewerb durch eine Fusion behindert werden kann:

- Begründung oder Verstärkung von Einzelmarktbeherrschung („single dominance“);
- Verminderung des Wettbewerbs auf einem oligopolistischen Markt, indem durch die Fusion bedeutende wettbewerbliche Komponenten beseitigt werden (zB Verminderung des Wettbewerbsdrucks), die es den Wettbewerbern ermöglichen, ihre Preise ebenfalls anzuheben, auch wenn eine Koordinierung zwischen den Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist („non-collusive oligopolies“, nicht koordinierte Effekte);
- Veränderung der Wettbewerbsstruktur auf einem oligopolistischen Markt, so dass Anbieter, die ihr Marktverhalten zuvor nicht abgestimmt hatten, nun zu einer Abstimmung und damit zu Preiserhöhungen in der Lage sind („coordinated effects“, koordinierte Effekt oder kollektive Marktbeherrschung)²⁷.

Die Verordnung hat somit im Interesse der Rechtssicherheit klar gestellt, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindern würde, zu untersagen ist. Somit erfasst der neue, erweiterte Marktbeherrschungstest auch wettbewerbswidrige Wirkungen eines Zusammenschlusses, selbst wenn das aus dem Zusammenschluss hervorgehende neue Unternehmen nicht im bisherigen Sinne marktbeherrschend ist (Einzelmarktbeherrschung).

In diesem Zusammenhang sind auch die Überlegungen der Kommission bei der Prüfung von Zusammenschlüssen relevant, die Inhalt der veröffentlichten Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Bekanntmachung vom 5. Februar 2004, 2004/C31/03) sind. Die Leitlinien erläutern die Arbeitsweise und Entscheidungsfindung der Kommission bei der Prüfung von Zusammenschlüssen und tragen damit wesentlich zur Transparenz des Entscheidungsprozesses bei. Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Würdigung eines Zusammenschlusses werden laut Kommission auch Faktoren berücksichtigt, die nicht koordinierte bzw koordinierte Wirkungen der verbleibenden Mitbewerber zur Folge haben können. Dazu zählen: Verhalten der Unternehmer in der Vergangenheit, Homogenität der Produkte, Transparenz der Märkte, Marktzutritt und Nachfragemacht der Kunden, Konzentrationsgrad und Marktanteile als Anzeichen für eine Koordinierung, Möglichkeit des Informationsaustausches etwa durch Überkreuz-Beteiligungen oder Gemeinschaftsunternehmen, Umsetzbarkeit von Vergeltungsmaßnahmen, wenn ein Unternehmen von der Koordinierung abweicht.

Berücksichtigung von Effizienzgewinnen

Sowohl in der neuen Fusionskontrollverordnung (Erwägungsgrund 29) als auch in den Leitlinien hat die Kommission klar gestellt, dass künftig wettbewerbsfördernde Effizienzvorteile („efficiency defense“) im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichtigt werden können. Die Kommission geht nämlich davon aus, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile mögliche Nachteile des Zusammenschlusses für die Verbraucher ausgleichen können, sodass wirksamer Wettbewerb, selbst bei Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert wird. Die Kommission verlangt diesbezüglich entsprechende Beweise von den betroffenen Unternehmen. Es obliegt demnach den Unternehmen, die wettbewerbsfördernden Auswirkungen des Zusammenschlusses

27) Vgl: Nils von Hinten-Reed, Dr Peter D Camesasca, Michael Schedl: Reform der europäischen Fusionskontrolle in: Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Heft 5, Mai 2003, Seite 321 ff.

ses darzustellen und zugleich den Nachweis zu erbringen, dass diese sich unmittelbar zum Nutzen der Verbraucher auswirken, ohne größere Verzögerungen eintreten und nachprüfbar sind. Außerdem müssen die Effizienzvorteile fusionsspezifisch sein, dh sie können nicht in ähnlichem Umfang auf weniger wettbewerbsschädliche Weise erzielt werden. Effizienzvorteile können sich etwa durch neue Chancen und Möglichkeiten des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts einstellen, die dem Verbraucher dienen und den Wettbewerb nicht behindern. Im Hinblick auf die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft muss noch genügend Wettbewerbsdruck herrschen, um sicherzustellen, dass die fusionierten Unternehmen weiterhin um Verbesserung ihrer Effizienz bemüht sind.

Je stärker die zu erwartende Marktstellung der sich zusammenschließenden Unternehmen ist, um so größer müssen die fusionsspezifischen Vorteile ausfallen, um letztlich eine wirtschaftlich positive Bilanz (Abwägung der wettbewerbsbeeinträchtigenden und wettbewerbsfördernden Aspekte) des Zusammenschlusses herstellen zu können. Mit der ausdrücklich bekundeten Bereitschaft der Kommission, Effizienzargumente sorgfältig zu prüfen, wird auch einer Forderung des EuG nach einer verstärkt wirtschaftlich orientierten Beurteilung von Zusammenschlüssen nachgekommen.

Mehr Flexibilität im Verfahrensablauf

Die flexiblere Gestaltung des Verfahrensablaufs stellt ebenfalls einen zentralen Baustein in der neuen Fusionskontrollverordnung dar. Der strikte Zeitrahmen betreffend die Prüfung von Zusammenschlüssen soll zwar grundsätzlich eingehalten werden, dh Abschluss von Prüfphase I innerhalb von 25 Arbeitstagen nach Eingang der Anmeldung, Abschluss von Prüfphase II innerhalb von 90 Arbeitstagen nach der Einleitung des Verfahrens. Neu ist, dass sich die Frist für die Prüfphase I auf 35 Arbeitstage erhöht, wenn der Kommission ein Antrag eines Mitgliedstaates zugeht (Verweisungsantrag) oder wenn die beteiligten Unternehmen anbieten, Verpflichtungen einzugehen, um den Zusammenschluss gemeinschaftskonform zu gestalten. Bei schwierigen Fällen (Prüfphase II) soll künftig auf Wunsch der Parteien „die Zeit angehalten werden“. Der Zeitrahmen für die Prüfphase II erhöht sich so dann um 3 Wochen, womit mehr Zeit für die Prüfung der angebotenen Verpflichtungszusagen und für die Konsultation der Mitgliedstaaten zur Verfügung steht. Insgesamt dürfen die Fristverlängerungen allerdings 20 Arbeitstage nicht überschreiten.

Eine weitere Flexibilisierung betrifft die Anmeldefristen von Zusammenschlüssen. Zusammenschlüsse können nach Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung nunmehr bereits vor Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung angemeldet werden, es reicht die Glaubhaftmachung einer künftigen Vertragsschließung. Außerdem entfällt die Wochenfrist für die Anmeldung, sodass diese künftig lediglich vor der Durchführung erfolgen muss. Bei Erwerbsvorgängen an der Börse („creeping take-overs“) kann auf Antrag der beteiligten Unternehmen in begründeten Ausnahmefällen vom Vollzugsverbot Abstand genommen werden. Die Kommission möchte überdies bestimmte Gruppen von unbedenklichen Zusammenschlüssen im Wege einer Verordnung (Gruppenfreistellung) vom Vollzugsverbot herausnehmen.

Mit der Veröffentlichung von Best Practices zur Durchführung von Fusionskontrollverfahren möchte die Kommission den Parteien zusätzliche Hinweise zum Prüfverfahren zur Verfügung stellen, wie etwa Hinweise zum Verfahren vor der Anmeldung einer Fusion (Pre-Notification) oder Maßnahmen zur Förderung der Transparenz des Verfahrens, um eine Optimierung des Entscheidungsprozesses zu erreichen. So bietet die Kommission den beteiligten Unternehmen an zentralen Punkten des Verfahrens so genannte „state-of-play meetings“ an, um sie über den Stand der Untersuchung auf dem Laufenden zu halten. Diese Verfahrensstand-Zusammenkünfte sind auch dazu geeignet, um Zusagen zu erörtern. Außerdem werden den Unternehmen jetzt schon früher, selbst in Prüfphase I, wichtige Dokumente

(Stellungnahmen Dritter) – unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse und vertraulicher Angaben - zwecks Kommentierung zugänglich gemacht.

Stärkung der Untersuchungsbefugnisse und höhere Geldbußen

Im Rahmen der Neugestaltung der Fusionskontrolle wurden auch die Untersuchungsbefugnisse der Kommission ausgeweitet. Sie kann insbesondere von allen Vertretern und Beschäftigten eines Unternehmens oder eines Verbandes im Rahmen von Nachprüfungsverfahren Auskünfte zu Sachverhalten und Unterlagen verlangen und ihre Antworten aufzeichnen (Art 13). Werden nationale Behörde um Amtshilfe ersucht und bedarf dies einer gerichtlichen Prüfung, so hat sich diese darauf zu beschränken, ob die Zwangsmaßnahme willkürlich und unverhältnismäßig ist. Eine Bewertung hinsichtlich der Notwendigkeit der gewünschten Maßnahme darf nicht vorgenommen werden. Höhere Geldbußen sollten ebenfalls dazu beitragen, die Effizienz der Kommission zu erhöhen. So wurde etwa der Geldbußenhöchstbetrag bei unzutreffenden oder irreführenden Angaben – in Anlehnung an die Verordnung 1/2003 (Kartellverordnung) - von 50.000,- € auf 1% des Gesamtumsatzes angehoben.

Optimierung des Entscheidungsprozesses

Neben der Veröffentlichung von Best Practices zur Durchführung von Fusionskontrollverfahren hat die Kommission eine Reihe weiterer nicht legislativer Maßnahmen gesetzt, um den Entscheidungsprozess zu verbessern. Als Konsequenz der vom EuG geäußerten Kritik in Richtung Stärkung der wirtschaftlichen Betrachtung von Zusammenschlüssen, hat die Kommission beschlossen, die Position eines Chefökonom in der Generaldirektion Wettbewerb zu installieren. Der Chefökonom untersteht direkt dem Generaldirektor und soll mit seinem Mitarbeiterstab in die Prüfung von Zusammenschlüssen einbezogen werden und die mit einem Fall betrauten Bediensteten mit wirtschaftlichen Analysen unterstützen. Weiters soll ein Kontrollforum aus erfahrenen Beamten die im Rahmen der Prüfung gemachten Schlussfolgerungen noch einmal überprüfen.

In Hinkunft sollen auch die Interessen der Verbraucher noch stärker berücksichtigt werden. Innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb wird hierfür ein Verbindungsbeamter für Verbraucherfragen eingesetzt, der sich den Verbraucheranliegen widmet und auch als Ansprechpartner zur Verfügung steht. Zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens wird der Mitarbeiterstab der Anhörungsbeauftragten aufgestockt. Bei den Anhörungsbeauftragten handelt es sich um unabhängige Beamte der Kommission, die insbesondere für den Schutz der Verteidigungsrechte der beteiligten Unternehmen zuständig sind²⁸.

Bewertung des Reformpakets aus Sicht der Arbeiterkammer

Grundsätzlich wird von Seiten der Arbeiterkammer das Bemühen der Kommission gewürdigt, die Fusionskontrolle weiter zu verbessern, um auch unter den sich wandelnden wirtschaftlichen und politischen Bedingungen weiterhin eine effiziente, faire und transparente Fusionskontrolle zu gewährleisten. Die nunmehr vorliegende neue Fusionskontrollverordnung stärkt jedenfalls den Einfluss der Europäischen Kommission in Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden. Es ist daher zu erwarten, dass künftig noch mehr Zusammenschlüsse zentral in Brüssel geprüft werden, womit die Kommission auch einen Wunsch vieler Unternehmen nach Stärkung des Prinzips vom „One-Stop-Shop“ nachgekommen ist. Im Interesse der Unternehmen ist auch die deutlich flexiblere Gestaltung des Verfahrensablaufes sowie die Bereitschaft der Kommission, Effizienzargumente im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlüssen stärkere Beachtung zu schenken.

28) www.europa.eu.int/comm/competition

Vor allem die Einbeziehung von möglichen Effizienzgewinnen bei der wettbewerblichen Bewertung von Zusammenschlüssen stellt für die Arbeiterkammer einen sehr sensiblen Bereich dar. Wenngleich die Kommission feststellt, dass Effizienzgewinne unmittelbar den Verbrauchern ohne größere Verzögerungen zugute kommen müssen, so zeigen doch Untersuchungen der US-Wettbewerbsbehörden, dass sich Effizienzvorteile aus einer Fusion erst nach einiger Zeit einstellen. Die Weitergabe von Effizienzvorteilen steht daher im kausalen Zusammenhang mit dem nach der Fusion verbleibenden „Restwettbewerb“, denn nur wirksamer Wettbewerb sichert langfristig die Weitergabe von Effizienzgewinnen an die Verbraucher. Letztlich ist auch die Kontrollmöglichkeit der Kommission relativ schwach, sodass das Effizienzargument keinesfalls die Entstehung von Unternehmenseinheiten mit überragender Marktstellung rechtfertigt.

Positiv hervorzuheben ist die Klarstellung der Kommission, dass im Rahmen der Fusionskontrolle auch so genannte nicht kollusive Oligopole erfasst sind. Damit wurde klar gestellt, dass - abhängig von der Beschaffenheit der betroffenen Märkte – unilaterale Effekte, wie etwa eine überragende Marktstellung der fusionierten Unternehmen, auch Reaktionen bei den Wettbewerbern hervorrufen können, die es für sie ebenfalls profitabel erscheinen lassen, ihre Preis anzuheben bzw den Output zu senken.

Die Europäische Kommission spricht sich aus Gründen der Rechtskontinuität weiterhin für die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests aus. Es kann aber dennoch nicht übersehen werden, dass im Rahmen der Prüfung des Konzentrationsgrades in oligopolistischen Märkten der so genannte Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) zur Anwendung kommt, welcher ebenso Grundlage des SLC-Tests ist (siehe Leitlinien). Damit kommt es bei oligopolistischen Märkten de facto zur parallelen Anwendung des Marktbeherrschungstests und des SLC-Tests, was durchaus im Sinne einer verbesserten Wettbewerbskontrolle sein kann.

Die Arbeiterkammer hat sich im Rahmen ihrer Stellungnahme besonders dafür eingesetzt, den Zusammenschlussbegriff gem Art 3 FKVO auf Minderheitsbeteiligungen und strategischen Allianzen auszuweiten, um mögliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur präventiv zu prüfen. Bedauerlicherweise hält die neue Fusionskontrollverordnung am Kriterium „dauerhafter Kontrollwechsel“ fest, so dass die aufgezeigten Fallkonstellationen auch weiterhin von der Fusionskontrolle nicht erfasst sind.

Bereits im Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung hat die Kommission klar gemacht, dass ein Ziel des Novellierungsvorhabens die stärkere Berücksichtigung der Anliegen der Verbraucher und Arbeitnehmer ist. Mit der Schaffung der Stellung eines Verbindungsbeamten für Verbraucherfragen sollten die Anliegen der VerbraucherInnen mehr Gehör erhalten. Die Arbeiterkammer begrüßt diese Initiative der Kommission und wird sich künftig noch stärker in für Österreich relevante Zusammenschlussverfahren im Interesse der KonsumentInnen und ArbeitnehmerInnen einbringen. Denn es gilt einerseits eine leistungsfähige Wirtschaft mit sicheren und attraktiven Arbeitsplätzen zu erhalten, und andererseits zu verhindern, dass die KonsumentInnen aufgrund mangelnden Wettbewerbs überhöhte Preise zu bezahlen haben.

3.1.2. Richtlinienvorschlag – unlautere Geschäftspraktiken²⁹

Ulrike Ginner / Andreas Schieder

Die Kommission hat am 18. Juni 2003 einen Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken veröffentlicht. Diesem Richtlinienentwurf war das Grünbuch der Kommission zum Verbraucherschutz in der EU und eine Mitteilung über Folgemaßnahmen zum Grünbuch vorangegangen. Im Jänner 2003 veranstaltete die Kommission ein Seminar zu diesem Thema wo über einen Reformbedarf und eine Harmonisierung durch eine Rahmenrichtlinie diskutiert wurde. Der nunmehrige Richtlinienvorschlag wurde zusammen mit einer erweiterten Folgenabschätzung veröffentlicht.

Erwägungsgründe

Die Kommission hat richtig erkannt, dass die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes wesentlich für die grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeiten ist. Die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten weichen bezüglich der unlauteren Geschäftspraktiken erheblich voneinander ab. Die IrreführungsRL³⁰ selbst legt Mindestkriterien für eine Harmonisierung fest, hindert die Mitgliedstaaten jedoch nicht, strengere Bestimmungen aufrechtzuerhalten. Nach Ansicht der Kommission führen diese Unterschiede zu Unsicherheiten bezüglich der Geltung von unlauteren Geschäftspraktiken und schaffen viele Hemmnisse für Unternehmen als auch für VerbraucherInnen. Diese Hemmnisse verteuern grenzüberschreitende Aktivitäten für Unternehmen und untergraben für VerbraucherInnen das Vertrauen in den Binnenmarkt. Der Richtlinienentwurf sieht deshalb eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken in einer Harmonisierung nach dem Herkunftslandprinzips vor, wobei ein hohes VerbraucherInnenschutzniveau geschaffen werden soll.

Inhalt der Richtlinie

Gem Art 1 ist das Ziel der Richtlinie eine Harmonisierung über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der VerbraucherInnen berühren, herbeizuführen. In Artikel 2 erfolgt eine Definition der Begriffsbestimmungen. Die wichtigsten davon sind die folgenden: Verbraucher ist demnach jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Als Maßfigur, soll der vom EuGH definierte durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher gelten. Produkt ist jede Ware oder Dienstleistung einschließlich Immobilien. Geschäftspraxis ist jede unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an den Verbraucher zusammenhängende Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing des Gewerbetreibenden.

29) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) vom 26. Juni 2003.

30) RL 84/450/EWG in der Fassung der RL 97/55/EG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung

Artikel 3 legt den Anwendungsbereich fest, wobei Bestimmungen über zivilrechtliche Wirkungen eines Vertrages und Schadenersatzregelungen und Zuständigkeit der Gerichte unberührt bleiben. Die RL greift auch nicht in Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten ein. Spezialvorschriften anderer RL, welche auch unlautere Geschäftspraktiken regeln haben Vorrang.

In Artikel 4 wird das Herkunftslandprinzip festgelegt, dh Gewerbetreibende haben sich lediglich an die Rechtsvorschriften ihres Niederlassungsstaates zu richten. Mitgliedstaaten dürfen im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken keine Maßnahmen setzen, die die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs noch des freien Warenverkehrs einschränken.

Artikel 5 legt fest, dass unlautere Geschäftspraktiken verboten sind und definiert diese wie folgt: Eine Geschäftspraktik gilt als unlauter, wenn:

- Sie dem Gebot der beruflichen Sorgfaltspflicht (gem Definition Artikel 2) widerspricht und
- sie im konkreten Fall unter Würdigung aller tatsächlichen Umstände das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, in Bezug auf das jeweilige Produkte wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist.

Insbesondere gelten irreführende oder aggressive Geschäftspraktiken als unlauter. Im Anhang 1 dieser RL werden sodann Geschäftspraktiken angeführt, die jedenfalls unlauter sind.

Artikel 6 definiert irreführende Handlungen. Geschäftspraktiken sind dann irreführend, wenn sie den Verbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte, indem er unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände in Bezug auf sämtliche absatzfördernde Handlungen wie Angaben über Merkmale des Produktes, Aussagen oder Symbole, Preise, Eigenschaften des Gewerbetreibenden, produktbezogene Behauptungen, die nicht belegbar sind oder über Rechte des Verbrauchers. Weiters gelten Geschäftspraktiken im konkreten Fall als irreführend, wenn der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wurde, die er ansonsten nicht getroffen hätte in Bezug auf eine mögliche Verwechslungsgefahr bei der Vermarktung eines Produktes, die Nichteinhaltung von Verhaltenskodizes oder die Nichteinhaltung einer gegenüber einer Behörde eingegangenen Verpflichtung, eine unlautere Geschäftspraxis abzustellen.

Auch irreführendes Unterlassen stellt gem Artikel 7 eine unlautere Geschäftspraxis dar. Zum einen werden hier Fälle umfasst, wonach der Verbraucher durch die Nichtangabe von bestimmten wesentlichen Informationen irregeführt wird, zum anderen werden bestimmte Transparenzgebote aufgestellt, wie Merkmale über das Produkt, Handelsname des Gewerbetreibenden und Preis sowie Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie bestehende Rücktritts- oder Widerrufsrechte.

Die aggressiven Geschäftspraktiken werden allgemein in Artikeln 8 als jene Praxis, die die Entscheidungs- und Verhaltenfreiheit des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und er dadurch eine Entscheidung trifft die er andernfalls nicht getroffen hätte. Worauf bei der Beurteilung von Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung abzustellen ist, ist im Artikel 9 angeführt.

In Artikel 10 ist auch die Möglichkeit der Kontrolle unlauterer Geschäftspraktiken durch die Urheber von Kodizes ermöglicht.

Position der Bundesarbeitskammer

Die österreichischen Gesetzesbestimmungen zum unlauteren Wettbewerb sehen ein sehr hohes Verbraucherschutzniveau vor. Die Klagsbefugnisse sowohl der Verbraucherschutzorganisationen (VKI und BAK) als auch die Klagsaktivitäten von Unternehmen bzw. Unternehmensverbänden garantieren eine Sanktionierung unlauteren Verhaltens. Insgesamt zeigen aber vermehrte Konsumentenbeschwerden, dass unlautere Handlungen, welche sich in allen Bereichen des Wirtschaftslebens finden, zugenommen haben. Die BAK begrüßt daher die Initiative der EU-Kommission das Lauterkeitsrecht zu harmonisieren. Allerdings wird der vorliegende Entwurf kritisch betrachtet.

Ein Kernpunkt des Richtlinienentwurfes ist das Herkunftslandprinzip (Binnenmarktklausel bzw. Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung). Dieses Prinzip wurde erstmals im Rahmen der e-commerce Richtlinie umgesetzt. In diesem Rechtsbereich liegen aber andere Voraussetzungen und Gegebenheiten vor (globale Vernetzung und größere Wahrscheinlichkeit grenzüberschreitender Aktionen). Weiters ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Lauterkeitsrecht um einen seit Jahrzehnten gewachsenen Rechtsbereich handelt und nicht wie im e-commerce um eine technische Neuerrungenschaft, bei welcher vollkommen neuartige Regelungsprobleme auftauchen. Eine Ausdehnung des Herkunftslandprinzips auch auf diese Richtlinie würde aber bedeuten, dass gerade das für Österreich geltende hohe Verbraucherschutzniveau verloren ginge. Die Unsicherheit der Konsumenten im Bezug auf grenzüberschreitende Käufe wird daher zunehmen und die Zielverfolgung – den grenzüberschreitenden Binnenhandel zu stärken – würde damit wohl nicht erreicht werden. Während zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Unternehmen zu prüfen hätten, ob eine Geschäftspraxis in dem jeweiligen Exportland zulässig wäre, wird diese Verantwortung nach dem Richtlinienvorschlag in die Hände des Verbrauchers bzw. der Verbraucherschutzorganisationen geschoben. Die Möglichkeiten und finanziellen Ressourcen für den Erhalt von Rechtsinformationen sind aber für Unternehmen eher gegeben als für Verbraucher. Auch bleiben die sozialen und kulturellen Unterschiede und Verbrauchergewohnheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten vollkommen unberücksichtigt.

Der Richtlinienentwurf spricht zwar von der Bestrebung ein hohes Verbraucherschutzniveau zu garantieren, mit den dargestellten Regelungen wird dies aber nach Ansicht der BAK nicht erreicht. Auf diesen Punkt soll aber später noch eingegangen werden.

Als weitere Problematik sieht die Arbeiterkammer an, dass die Richtlinie nur für den B2C (business to consumer) Bereich gelten soll. Die nationalen Lauterkeitsbestimmungen mehrerer Mitgliedstaaten sehen eine diesbezügliche Differenzierung nicht vor. Es würde daher zu zwei verschiedenen Regelungsbereichen kommen und bei Geltung des Herkunftslandprinzips das Paradoxon entstehen, dass es in Österreich ein strengeres Lauterkeitsrecht für B2B (business to business) Geschäfte und für den Verbraucherbereich ein geringeres Schutzniveau geben würde. Dies ist aus Konsumentensicht jedenfalls abzulehnen.

Aber auch für bestimmte Rechtsgeschäfte ist eine Abgrenzung oftmals nicht möglich. Ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft für einen Verbraucher seiner privaten Lebensführung oder seiner beruflichen Tätigkeit zugerechnet wird, kann zu Verunsicherungen führen (zB Lockvogelwerbung für einen PC). Die Rechtsfolgen sollten aber einheitlich bleiben.

Problematisch erachtet die Arbeiterkammer auch die zur Anwendung kommende Maßfigur. Dies soll nach der Richtlinie der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher sein. Nach österreichischer Rechtsprechung ist der Durchschnittsverbraucher mit flüchtiger Betrachtungsweise maßgeblich. Die Betrachtungsweise des EuGH ist in diesem Punkt als realitätsfremd einzustufen. Tatsache ist, dass der Verbraucher mit einer Massenflut an Werbung konfrontiert

ist, der Zeitdruck auch beim Einkauf steigt. Werbungen werden daher nur in den seltensten Fällen aufmerksam gelesen, kleine Erläuterungen, die sich irgendwo auf einem Flugblatt befindet werden oftmals gar nicht registriert. Nach der EuGH Rechtsprechung müsste der aufmerksame Verbraucher diese Dinge sehr wohl berücksichtigen. In weiterer Folge wird nicht auf die Gewichtigkeit des Produktes abgestellt. Bei höherwertigen Gütern, welche nicht regelmäßig angeschafft werden ist der Aufmerksamkeitsgehalt und das Informationsbedürfnis eines Konsumenten sicher höher anzusetzen als bei einem Kauf von Massenware. Auch auf diese Unterscheidung sollte Rücksicht genommen werden.

Die Arbeiterkammer ist daher der Ansicht, dass durch die angesprochenen Punkte im Richtlinienentwurf ein äußerst unternehmensfreundliches Lauterkeitsrecht geschaffen wird, bei welchem die Interessen des KonsumentInnen weitgehend auf der Strecke bleiben.

Das beste Wettbewerbsrecht ist nur dann effizient, wenn auch dessen Vollziehung in allen Mitgliedstaaten ausreichend gewährleistet ist. Das Vollzugssystem in Österreich erfolgt derart, dass nach dem Gerichtsstandsübereinkommen EuGVÜ/LGVÜ (Brüssel I – VO) eine UWG-Klage auch gegen ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat im Inland eingebracht werden kann. Bei Folgeverstößen gegen einen rechtskräftigen Unterlassungstitel sind in der österreichischen Exekutionsordnung Beugestrafen (Geldbuße bis zu € 10.000,-- und Beugehaft) vorgesehen, wobei eingehobene Geldbeträge dem Staat zufließen. Grundvoraussetzung für eine Exekutionsführung in Österreich ist das Vorhandensein inländischen Vermögens. Soll eine Exekutionsführung in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt werden sind die jeweiligen nationalen Vollzugsordnungen anzuwenden. Die grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterlassungstitel ist immer öfter mit Schwierigkeiten verbunden. In Ländern des romanischen Rechtskreises mit dem sog „astreinte“ (Zwangsgelder werden bereits im Unterlassungstitel festgesetzt und fließen bei einer Exekutionsführung dem Gegner zu), ist eine Exekutionsführung aufgrund österreichischer Unterlassungstitel geradezu aussichtslos. Selbst in Deutschland, wo die BAK im Frühjahr 2002 eine Exekutionsbewilligung beantragt hat, wurde der Unterlassungstitel zwar nach rund einem Jahr für vollstreckbar erklärt, das Gericht hat aber in Folge seine Unzuständigkeit für die Verhängung einer Beugestrafe erklärt und den Antrag zurückgewiesen. Die EU-Kommission sollte sich daher auch dieser Problematik widmen.

3.1.3. Unternehmensrecht im Wettbewerb

Helmut Gahleitner

Sowohl von Seiten der Europäischen Union (Stichwort: Modernisierung des Gesellschaftsrechts) als auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (zuletzt Inspire Art) gewinnt der Reformprozess im europäischen Unternehmensrecht zunehmend an Geschwindigkeit. Ziel des Reformprozesses ist die Beseitigung von Mobilitätshindernissen im Binnenmarkt und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der EU-Unternehmen in einer globalisierten Wirtschaft. Gemeinsam haben alle gesellschaftsrechtlichen Reformmaßnahmen, dass sie den Wettbewerb zwischen den nationalen Rechtsordnungen verschärfen. Das Unternehmensrecht eines jeden Staates steht quasi auf dem Prüfstand

und es ist zu erwarten, dass künftig verstärkt rechtliche Faktoren die Standortentscheidung maßgeblich beeinflussen. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) sowie abgeschlossene und geplante Reformmaßnahmen auf europäischer Ebene und versucht eine Einschätzung ihrer Auswirkungen auf Österreich.

Reformmotor EuGH

Mit seinen Urteilen zur Niederlassungsfreiheit (Art 43, 48 EG-Vertrag) und Kapitalverkehrsfreiheit (Art 56 EG-Vertrag) bestimmt der EuGH nicht nur maßgeblich die Entwicklung des Unternehmensrechts mit, sondern erzeugt zudem auch Druck auf die Kommission in Richtung Harmonisierung der Rechtsvorschriften und verschärft den Wettbewerb zwischen den nationalen Rechtsordnungen. In seiner jüngsten Entscheidung zur Niederlassungsfreiheit (Inspire Art) vom 30.9.2003³¹, hat der EuGH ein weiteres Mal zugunsten der Niederlassungsfreiheit entschieden.³² Der EuGH verpflichtet darin die Mitgliedstaaten, den Zuzug ausländischer Gesellschaften (zB durch Gründung einer Zweigniederlassung) anzuerkennen, selbst wenn sie allein mit dem Ziel gegründet wurden, von vorteilhafteren Gründungsvorschriften zu profitieren (zB in England errichtete „One-pound-limited“ als Briefkastenfirma). Dies gilt auch dann, wenn die ausschließliche Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird.

Damit bestätigt der EuGH abermals für den Zuzug ausländischer Gesellschaften die so genannte Gründungstheorie³³, die bei der Ermittlung des Gesellschaftsstatus an das Recht des Gründungsstaates (regelmäßig auch Satzungssitz) anknüpft, unabhängig vom tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft. Die Gründungstheorie ermöglicht nicht nur die Verlegung des Verwaltungssitzes über die Grenze, sondern erlaubt den Gründern im Endeffekt, sich die für das Unternehmen passende Gesellschaftsform aus den Gesellschaftsrechten der EU-Mitgliedstaaten auszusuchen.

Im Gegensatz zur Gründungstheorie richtet sich das Gesellschaftsstatut bei Anwendung der Sitztheorie³⁴ nach dem tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung. Die Anknüpfung des Gesellschaftsstatus am Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung dient in erster Linie dem Gläubigerschutz, dem Schutz der Minderheitsgesellschafter. Auch aus Gründen der Arbeitnehmermitbestimmung ist der Sitztheorie gegenüber der Gründungstheorie der Vorzug zu geben. Die Entscheidung des EuGH in Bezug auf den Zuzug von ausländischen Gesellschaften bedeutet allerdings nicht das Ende der Sitztheorie, weil der vom Wegzug betroffene Gründungsstaat im Falle der Verlegung der Hauptverwaltung in einem anderen Mitgliedstaat die Auflösung der Gesellschaft anordnen kann, was regelmäßig bei Anwendung der Sitztheorie erfolgt³⁵.

Im Ergebnis bedeutet dies für Österreich, dass gegenüber im Inland gegründeten Gesellschaften nach wie vor die Sitztheorie zur Anwendung kommt und eine Verlegung der Hauptverwaltung über die Grenze mit der Auflösung der Gesellschaft und der Realisierung der Stillen Reserven verbunden wäre. Österreich ist allerdings verpflichtet, eine zugezogene Auslandsgesellschaft anzuerkennen, so dass diese – selbst bei ausschließlicher Tätigkeit im Inland - dem Recht des Gründungsstaates hinsichtlich

31) EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01

32) Vgl auch Entscheidungen zu „Centros“ (Rs C-212/97 vom 9.3.1999) und „Überseering“ (Rs 208/00 vom 5.11.2002). In beiden Fällen geht es ebenfalls um die Anerkennung einer in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat.

33) Die Gründungstheorie wird vornehmlich im anglosächsischen Raum verwendet, aber auch in den Niederlanden, der Schweiz und Dänemark.

34) Die Sitztheorie gilt in den meisten Ländern Kontinentaleuropas, ua in Deutschland und Österreich.

35) Vgl Dr Walter Bayer: Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht in: Betriebs-Berater, 59 Jg, Heft 1/2004, Seite 1 ff.

Kapitalaufbringung und –erhaltung, Pflichten der Organe, Haftungsregelungen, Veröffentlichungsvorschriften unterliegt. Den Gläubigern steht grundsätzlich der Schutz zur Seite, den die Rechtsordnung des Gründungsstaates bietet. Nur für den Fall, dass gravierende Schutzlücken im Gründungsstaat bestehen, lassen sich spezielle inländische Vorschriften rechtfertigen (zB im Bereich der deliktischen Haftung). Offen ist die Frage, ob die Erlassung von speziellen inländischen Regelungen zur Absicherung des österreichischen Mitbestimmungsrechts mit dem Europarecht vereinbar ist³⁶.

Noch sind die Auswirkungen dieser Entscheidung in Österreich nicht spürbar, weil aus ökonomischer Sicht die mit der Gründung einer ausländischen Gesellschaft verbundenen Transaktionskosten noch zu groß sind und auch bei Finanzierungsfragen (zB Kreditaufnahme) womöglich Schwierigkeiten auftreten können. Außerdem ist die Gründung einer GmbH leicht möglich. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass Unternehmen mittelfristig auf dem Umweg über britisches oder irisches Gesellschaftsrecht der Gründung einer österreichischen GmbH ausweichen und mittelfristig diese dadurch unter Druck kommt. Österreich muss sich daher - so wie auch andere Mitgliedstaaten - auf unterschiedliche Rechtsformen einstellen. Unter Druck könnte auch die in Österreich und im Großteil Kontinentaleuropas geltende Sitztheorie kommen. Wenngleich der Wegzugsstaat Maßnahmen gegen eine Verlegung des tatsächlichen Sitzes ergreifen kann, so wird eine solche Maßnahme mittelfristig im Wettbewerb mit der Gründungstheorie nicht dazu beitragen, die Unternehmen dauerhaft an die Sitztheorie zu binden, insbesondere dann, wenn die von der Kommission geplanten Richtlinien zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung und grenzüberschreitenden Verschmelzung beschlossen worden sind (dazu siehe weiter unten). Es ist daher zu befürchten, dass bei Nichtharmonisierung der unterschiedlichen Rechtsordnungen ein ungesunder Wettbewerb („race to the bottom“) der Rechtssysteme einsetzt.

Bemerkenswert sind auch die Entscheidungen des EuGH zur Frage der Kapitalverkehrsfreiheit. Hierbei ging es insbesondere um die Zulässigkeit der Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen durch staatliche Kontroll- bzw Sonderrechte in privatisierten Aktiengesellschaften (so genannte Golden Shares)³⁷. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit und damit die Sicherung des staatlichen Einflusses nur bei Vorliegen zwingender Gründe des allgemeinen Interesses, wie etwa bei Energieversorgungsunternehmen, denen im Krisenfall eine besondere Bedeutung zukommen, gerechtfertigt, sofern diese nicht unverhältnismäßig sind. Wirtschaftliche Interessen, wie etwa Sonderrechte zur Sicherung des Einflusses zwecks Erhaltung von Konzernzentralen, würden daher jedenfalls gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen. Natürlich ist auch eine Ungleichbehandlung bzw Diskriminierung von Investoren mit dem EG-Vertrag unvereinbar. Aus diesem Blickwinkel erscheint auch die intensive Diskussion im Zusammenhang mit der Privatisierung der Voest-Alpine überwiegend als politisches „Scheingefecht“. Letztlich gilt auch für Staatsunternehmen im Wesentlichen der Grundsatz, dass im Falle einer Privatisierung – bis auf wenige Ausnahmefälle – eine Ungleichbehandlung oder die Absicherung der Vormachtstellung durch spezielle Sonderrechte nicht zulässig ist. Die Verantwortlichen müssen sich daher vorher überlegen, ob sie den Weg der Privatisierungen gehen oder nicht gehen wollen. Eine Abschottung vor dem Zugriff anderer Wettbewerber oder vor Finanzinvestoren nach der Privatisierung ist demnach mit dem freien Binnenmarkt nicht vereinbar.

36) Vgl Dr Gerald Spindler: Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art in: RIW, Heft1/2004, Seite 7 ff.

37) Sonderrechte können vielfältig sein, etwa Vetorechte beim Erwerb von Aktien oder Begrenzung des Beteiligungserwerbs auf einen bestimmten Aktienanteil, besondere Entsendungsrechte in die Organe. Frankreich, England, Spanien, Portugal, Belgien haben mit Golden Shares den staatlichen Einfluss in wichtigen Industrieunternehmen abgesichert. Derzeit läuft ein EuGH-Verfahren gegen das deutsche VW-Gesetz, welches dem Land Niedersachsen und der Bundesrepublik Deutschland die Vormachtstellung im VW-Konzern absichert. Auch gegen Italien, Dänemark und Niederlande laufen derzeit Verfahren wegen staatlicher Sonderrechte.

Noch offen ist hingegen die Zulässigkeit von Beschränkungen, die der Staat für alle Rechtssubjekte gestattet, wie etwa die in den skandinavischen Ländern üblichen satzungsmäßigen Beschränkungen durch Höchst- und Mehrstimmrechten, Vetorechte oder hohe Abstimmungsmehrheiten für Satzungsänderungen. Die genannten Beschränkungen stellen ebenfalls Barrieren für Unternehmensübernahmen dar und waren daher im Rahmen der Diskussion zur Übernahmerichtlinie im Zentrum der Kritik (siehe dazu weiter unten).

Reformprozess durch die Europäische Kommission

Auch der Reformprozess der Europäischen Kommission forciert den Wettbewerb der Rechtssysteme. Einige Reformmaßnahmen, wie etwa die Europäische Aktiengesellschaft oder die Übernahmerichtlinie wurden bereits abgeschlossen, andere, wie etwa die Verbesserung der Corporate Governance, die grenzüberschreitende Verschmelzungs- und Sitzverlegungsrichtlinie oder die Überarbeitung bereits bestehender Richtlinien (die Kapitalerhaltungsrichtlinie, die Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie sowie die Abschlussprüferrichtlinie) sind in Vorbereitung.

Europäische Aktiengesellschaft ab 8. Oktober 2004

Nach Auffassung der Europäischen Kommission benötigt ein gemeinsamer Binnenmarkt auch ein weitgehend harmonisiertes Gesellschaftsrecht. Ziel ist es, europaweit tätigen Unternehmen die Möglichkeit zu bieten, grenzüberschreitend mit einer einzigen Gesellschaftsform zu operieren. Noch in diesem Jahr (ab 8.10.2004) steht den EU-Unternehmen mit der europäischen Aktiengesellschaft („Societas Europaea“, abgekürzt SE) eine echte transnationale Rechtsform zur Verfügung.³⁸

Voraussetzung bei allen Gründungsformen ist die Mehrstaatlichkeit, dh es müssen bei allen Gründungsformen Gesellschaften aus mindestens zwei Mitgliedstaaten beteiligt sein. Die Verordnung lässt 4 Gründungsformen zu: 1. Verschmelzung von zwei oder mehr Aktiengesellschaften, 2. Bildung einer SE-Holdinggesellschaft, 3. Gründung einer SE-Tochtergesellschaft, 4. Umwandlung einer AG in eine SE. Daneben gibt es noch die Möglichkeit, dass eine SE selbst eine Tochter-SE gründet sowie die Sitzverlegung der SE ohne Liquidation.

Die europäische Aktiengesellschaft wird aber keine einheitliche Struktur aufweisen. Aufgrund der Tatsache, dass die Verordnung über das Statut zur SE den Mitgliedstaaten einen mehr oder weniger großen Spielraum bei der näheren Ausgestaltung überlässt, wird letztendlich jeder Mitgliedstaat seine individuelle Ausprägung der europäischen AG haben. Nach der Osterweiterung wird die Europäische Union aus 25 Mitgliedern bestehen und damit wird es auch eine gleich hohe Anzahl von unterschiedlichen Formen der Europäischen AG geben. Darüber hinaus ermöglicht die Verordnung zur Europäischen AG den Mitgliedstaaten betreffend ihrer Organisationsstruktur eine Systemwahl: Entweder die innere Organisation als monistisches System (= Board oder Verwaltungsrat³⁹) zu organisieren oder die Verwaltung in Form des dualistischen Systems (Trennung von Leitungs- und Aufsichtsorgan wie bei der österreichischen AG) einzurichten. Die Mitgliedstaaten, die nur ein Verwaltungssystem kennen, wie etwa Österreich das duale System oder Großbritannien das Boardsystem, müssen daher zwingend auch das jeweils andere Organisationssystem zulassen.

38) Die Rechtsgrundlagen für die SE, die SE-Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft und die Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer, sind bis zum 8.10.2004 umzusetzen und treten zu diesem Zeitpunkt in Kraft.

39) Dabei wird formell nicht zwischen einem Leitungsorgan und einem Aufsichtsorgan unterschieden, sondern die Verwaltung des Unternehmens erfolgt durch ein einziges Organ, dem Verwaltungsrat oder Board.

Die Implementierung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE soll im Wege einer Verhandlungslösung erfolgen. Danach ist von den Arbeitnehmervertretungen, ähnlich wie beim Europäischen Betriebsrat, ein besonderes Verhandlungsgremium zu bilden, welches innerhalb von 6 Monaten (bzw. bei einvernehmlicher Verlängerung binnen eines Jahres) mit den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften eine Vereinbarung zu treffen hat. Kommt keine Vereinbarung zustande, so gilt grundsätzlich – auch hier wieder ähnlich wie beim Europäischen Betriebsrat – eine Auffangregelung. Tragender Grundsatz dieser Auffangregelung ist das so genannte Vorher-Nachher-Prinzip. Damit ist gemeint, dass die vor der Gründung der SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer Ausgangspunkt für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE sind, wobei man sich am höchsten bisherigen Mitbestimmungsstandard zu orientieren hat.

Die Kurzdarstellung der Ausformung der Europäischen Aktiengesellschaft zeigt schon, dass diese supranationale Rechtsform den Wettbewerb zwischen den nationalen Aktienrechten forcieren wird. Da jede Europäische Aktiengesellschaft - abhängig vom jeweiligen nationalen Aktienrecht - ihre individuelle Ausprägung hat (SE nach österreichischem Recht, SE nach französischem Recht, SE nach deutschem Recht usw.), werden die Unternehmen, welche eine SE gründen wollen, sehr wohl die Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Ausprägungen der SE analysieren. Aufgrund des Wahlrechtes betreffend die Organisationsstruktur findet auch innerhalb der SE ein Wettbewerb zwischen der Leistungsfähigkeit des Board-Systems und des dualen Systems statt. Die SE wird aber auch Auswirkungen auf die gesetzlich geregelte österreichische Mitbestimmung haben, denn aufgrund der Verhandlungslösung ist die Mitbestimmung zwischen Arbeitnehmer- und Kapitalvertreter frei gestaltbar. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Mitbestimmungssysteme in den Mitgliedstaaten können sich ganz unterschiedliche Mitbestimmungsformen ergeben, die letztlich „im Wettbewerb“ mit der gesetzlichen Mitbestimmungsform stehen werden.

EU-Übernehmerrichtlinie beschlossen

Nach dem Scheitern der Übernehmerrichtlinie im Jahr 2001, der Kommissionsvorschlag wurde bei Stimmengleichheit im Europäischen Parlament abgelehnt, hat der Ministerrat am 27. November 2003 den von der italienischen Präsidentschaft vorgelegten Kompromissvorschlag gegen das Votum der Europäischen Kommission gebilligt. Auch das Europäische Parlament hat dem italienischen Vorschlag am 16. Dezember 2003 zugestimmt, so dass die formelle Beschlussfassung durch den Rat im ersten Quartal 2004 und die anschließende Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgen kann. Die Umsetzung in das nationale Recht der Mitgliedstaaten muss spätestens 2006 abgeschlossen sein.

Massive Kritik gegen neuen Kommissionsvorschlag

Auch der von der EU-Kommission auf Grundlage eines Expertenberichts („Winter-Bericht“) neu vorgelegte Vorschlag für eine Übernehmerrichtlinie wurde insbesondere von Deutschland und in abgeschwächter Form auch von Österreich kritisiert, weil er dem Anliegen des europäischen Parlaments nach einem „Level playing field“ für alle Mitgliedstaaten nicht wirklich nachgekommen ist. Demnach wurden im neuen Vorschlag nicht gleiche Voraussetzungen für Unternehmensübernahmen in allen Mitgliedstaaten geschaffen, sondern vor allem die skandinavischen Länder und Frankreich durch die Herausnahme der dort üblichen Mehrstimmrechtsaktien von der so genannten „Durchbrechungsregel“ bevorzugt behandelt, um die notwendige Zustimmung zu erreichen. Der neue Richtlinienvorschlag sah im Zusammenhang mit dem Abbau von Übernahmehindernissen einerseits eine strenge Neutralitätspflicht des Vorstandes vor, und andererseits eine Durchbrechungsregel, wonach satzungsmäßige Beschränkungen bei der Übertragung von Wertpapieren (zB vinkulierte Namensaktien) sowie vertragliche Übertragungsbeschränkungen (zB in Syndikatsverträgen) während der Phase der Annahmefrist eines

Übernahmeangebot un wirksam sind. Außerdem sollte für den Fall, dass der Bieter nach Abschluss der Annahmefrist über 75 % des stimmberechtigten Kapitals der Zielgesellschaft verfügt, in der ersten Hauptversammlung satzungsmäßige oder vertragliche Übertragungs- und Stimmrechtsbeschränkungen sowie satzungsmäßige Entsendungsrechte (zB Bestellrechte für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder) keine Anwendung finden. Auch Mehrstimmrechte sollten in einer ersten Hauptversammlung nach dem Übernahmeangebot nur eine Stimme gewähren, um dem Bieter die Möglichkeit der Satzungsänderung einzuräumen.⁴⁰

Deutschland befürchtete zu Recht, dass bei Annahme des Vorschlages ihre börsennotierten Publikumsgesellschaften verstärkt Gegenstand von feindlichen Übernahmen werden könnten, während in anderen Ländern weiterhin Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen zulässig sind. Aber auch in Österreich ist mit zunehmender Privatisierung (Wienerberger, Voest-Alpine, Böhler-Uddeholm, VA-Technologie) damit zu rechnen, dass wichtige Industriebetriebe Gegenstand einer unfreundlichen Übernahme werden könnten.

Genehmigter Kompromissvorschlag

Die nun verabschiedete Übernahmerichtlinie (gegen den Willen der Kommission) behält sowohl die Neutralitätspflicht des Vorstands als auch die von der Kommission vorgeschlagene Durchbrechungsregel bei Übernahmeangeboten mit der Ausnahme bei, dass Übertragungsbeschränkungen in Altverträgen von der Durchbrechungsregel ausgenommen sind (grandfather clause). Das gegenüber dem Kommissionsvorschlag völlig Neue in der genehmigten Übernahmerichtlinie ist ein zweistufiges Optionsmodell. Demnach können die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie von der Übernahme der Neutralitätspflicht und/oder der Durchbrechungsregel absehen und somit den Unternehmen Abwehrmaßnahmen ermöglichen (Opting-out). Nehmen die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit des Opting-out Gebrauch, so können sich die Unternehmen durch Hauptversammlungsbeschluss freiwillig Art 9 und 11 unterwerfen und damit auf Abwehrmaßnahmen verzichten (Opting-in). In diesem Zusammenhang ist auch die neu eingeführte Reziprozitätsregelung von Bedeutung. Nach dieser kann selbst ein Unternehmen, welches freiwillig die Neutralitätspflicht und die Durchbrechungsregeln anwendet, im Übernahmefall Abwehrmaßnahmen ergreifen, wenn der Bieter die Neutralitätspflicht und die Durchbrechungsregel nicht anwendet.

Diese politische Kompromisslösung fand nicht die Zustimmung der Kommission, weil der Kompromissvorschlag ein einheitliches europäisches Übernahmerecht nicht gewährleistet und das Ziel der Kommission, möglichst alle Übernahmehindernisse zu beseitigen, politisch nicht durchgesetzt werden konnte. Der politische Kompromiss ist jedenfalls begrüßenswert, denn 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. Es wäre daher wünschenswert, wenn viele Mitgliedstaaten – insbesondere auch Österreich – vom Opting-out Gebrauch machen und die Entscheidung über das Ergreifen von Abwehrmaßnahmen den Aktionären überlassen würden. Es sollen künftig zwei Gruppen von Gesellschaften an den europäischen Börsen agieren (solche, die an Abwehrmaßnahmen festhalten und solche, die darauf verzichten) und es wird sich zeigen, ob im Wettbewerb um Kapital das Festhalten an Abwehrmaßnahmen tatsächlich einen Wettbewerbsnachteil darstellt und von den Finanzmärkten mit

40) Näheres siehe Artikel 9, 11 und 11a der Richtlinie sowie Dr Hartmut Krause: Die Übernahmerichtlinie – Anpassungsbedarf im Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz in: Betriebs-Berater (BB), 59 Jg, Heft 3, Jan 2004, Seite 113 ff.

Kursabschlägen „bestraft“ wird. Die in der Richtlinie verankerte jährliche Offenlegungspflicht von Übernahmehindernisse im Lagebericht der Gesellschaften sorgt jedenfalls für die notwendige Transparenz, damit sich sowohl mögliche Bietergesellschaften als auch neue Aktionäre ein klares Bild verschaffen können.

Weitere Eckpunkte der Übernahmerichtlinie

Die Verabschiedung der Übernahmerichtlinie stellt jedenfalls einen Fortschritt in Richtung Harmonisierung der unterschiedlichen Regelungssysteme dar und sichert einen einheitlichen Mindeststandard für die Durchführung von Übernahmeangeboten börsennotierter Aktiengesellschaften. 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. Bei der Festsetzung des angemessenen Preises im Rahmen der Angebotspflicht wird in der Richtlinie vor allem auf das Vorerwerbskriterium abgestellt. Demnach gilt als angemessener Preis der höchste Preis, den der Bieter während eines Zeitraumes von mindestens sechs und höchstens zwölf Monaten vor dem Angebot für die Aktien der Zielgesellschaft bezahlt hat (Art 5). In bestimmten, genau festzulegenden Ausnahmefällen, etwa im Sanierungsfall, können die Aufsichtsstellen (in Österreich die Übernahmekommission) den Preis nach oben oder unten abändern. Auch kann der Bieter anstelle eines Barangebots als Gegenleistung liquide, zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassene Wertpapiere anbieten. Die Übernahmerichtlinie enthält weiters Regelungen über den Ausschluss von Minderheitsaktionären (Squeeze-out) nach einem Übernahme- oder Pflichtangebot und korrespondierend dazu ein Recht der Minderheitsaktionäre, ihre Aktien an den Großaktionär im Anschluss eines Übernahmeverfahrens zu verkaufen (Sell-out)⁴¹. Aus Arbeitnehmersicht ist insbesondere die neu geschaffene Regelung erfreulich, wonach die Arbeitnehmervertreter der Zielgesellschaft zu den voraussichtlichen Auswirkungen des Angebotes (Stellungnahme des Vorstands) schriftlich Stellung beziehen können und ihre Stellungnahme mit jener des Vorstands zu veröffentlichen ist. Positiv hervorzuheben ist darüber hinaus die Verpflichtung des Bieters, bei der Erstellung der Angebotsunterlage ausführlich seine Absichten in Bezug auf die strategische Planung sowie künftige Geschäftspolitik in den betroffenen Gesellschaften und deren voraussichtliche Auswirkungen auf Arbeitsplätze und Standorte darzulegen. Die Übernahmerichtlinie enthält auch Regelungen für die Bestimmung des anwendbaren Rechts und der zuständigen Behörde für den Fall, dass sich Sitzstaat und Börsenzulassung in unterschiedlichen Mitgliedstaaten befinden.

Umsetzungsbedarf

Für Österreich ergibt sich im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie ein beträchtlicher Anpassungsbedarf des Übernahmegesetzes. So ist etwa der im österreichischen Übernahmegesetz zugelassene 15%-Abschlag bei Pflichtangeboten spätestens mit dem Inkrafttreten der Richtlinie im Jahr 2006 aufzuheben (§ 26 ÜbG). Weiters muss dem Bieter zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit eröffnet werden, anstelle eines Barangebots ein Wertpapierangebot (liquide, zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassene Wertpapiere) zu legen. Die Rechte der Arbeitnehmer sind entsprechend des Richtlinienentwurfes anzupassen und den Minderheitsaktionären muss die Möglichkeit des Sale-out eröffnet werden. Für ein Squeeze-out bestehen bereits aktienrechtliche Möglichkeiten, die auch weiterhin Geltung haben können. Auch die in der Übernahmerichtlinie festgelegten Bestimmungen über die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden bei Sitz und Börsenzulassung in unterschiedlichen Mitgliedstaaten sind entsprechend umzusetzen. Jedenfalls sollte der österreichische Gesetzgeber im Sinne eines europaweiten „level playing field“ bei Unternehmensübernahmen von der Möglichkeit des Opting-out Gebrauch

41) Näheres siehe Artikel 14

machen und die Entscheidung über die Anwendung der Neutralitätspflicht des Vorstands und/oder der Durchbrechungsregel den Aktionären überlassen.

Überblick über den Aktionsplan der Kommission

Die kurz- und mittelfristig beabsichtigten Gesetzgebungsaktivitäten der Kommission sind sehr vielfältig und betreffen Maßnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance und zur Erleichterung von grenzüberschreitenden Unternehmensumstrukturierungen. Dabei sind vor allem die Vorhaben für eine 10. Richtlinie (Grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie) sowie für eine 14. Richtlinie (Grenzüberschreitende Sitzverlegungsrichtlinie) hervorzuheben, weil diese Maßnahmen ebenfalls den Wettbewerb der Rechtsordnungen beschleunigen werden.

Verbesserung der Corporate Governance

Angesichts der zahlreichen Skandale im Bereich der Corporate Governance (Bilanzmanipulationen, exzessive Vorstandsbezüge, Versagen der Wirtschaftsprüfer), ist die Kommission bemüht, durch eine Reihe von Maßnahmen das Vertrauen der Anleger wieder zu gewinnen. Verbesserte Transparenz, Stärkung der Aktionärsrechte und Verschärfung der Verantwortung und Haftung des Managements stehen hierbei im Vordergrund. Bemerkenswert ist, dass der Aktionsplan der Kommission keinen europäischen Corporate-Governance-Kodex vorsieht. Die Kommission möchte sich jedoch für eine bessere Koordinierung der Fortentwicklung der nationalen Kodizes einsetzen.

Zur Verbesserung der Unternehmenstransparenz sollen börsennotierte Unternehmen künftig ihren Jahresabschlüssen eine beschreibende Corporate Governance Erklärung hinzufügen. Hierbei sollen ua wesentliche Transaktionen mit verbundenen Unternehmen oder Personen bekannt gegeben werden, was bislang in Österreich nicht verpflichtend ist. Weiters sollen Angaben über Anteile, Stimm- und Kontrollrechte sowie direkte und indirekte Beteiligungsstrukturen von Großaktionären gemacht werden. Auch die institutionellen Anleger sollen verpflichtet werden, ihre Anlagenpolitik und ihre Politik bei der Stimmrechtsausübung offen zu legen.

Nach den Vorstellungen der Kommission sollen die Aktionärsrechte in börsennotierten Gesellschaften wesentlich gestärkt werden, insbesondere durch verbesserten Zugang zu Informationen (zB elektronische Übermittlung von Unterlagen) und verbesserten Mitwirkungsmöglichkeiten (europaweite Ausübung des Frage- und Antragsrechts auch in Abwesenheit). Die bei grenzüberschreitender Stimmrechtsausübung auftretenden Probleme sollen dabei im Wege einer Richtlinie gelöst werden.

Um die vielfach geforderte Transparenz bei den Vorstandsbezügen herzustellen, soll ein aus vier Kernelementen bestehendes Kontrollsystem von Vorstandsbezügen eingerichtet werden: Offenlegung der Gehaltspolitik im Jahresabschluss, Offenlegung der individuellen Bezüge der Vorstandsmitglieder im Jahresabschluss, Genehmigung von Aktienoptionsprogrammen durch die Aktionäre und Offenlegung der Kosten dieser Programme im Jahresabschluss. Derzeit führt die Kommission zur Frage der Vorstandsbezüge ein Konsultationsverfahren durch, welches zur Vorbereitung einer Kommissionsempfehlung dient. Die Arbeiterkammer wird sich jedenfalls daran beteiligen und sich dafür einsetzen, dass die vom Winter-Bericht gemachten Vorschläge auch in einer Kommissionsempfehlung aufgenommen werden.

Hinsichtlich der Verschärfung der Verantwortung und Haftung der Organmitglieder ist vor allem die von der Kommission nach dem englischen Vorbild erwogene „wrongful trading rule“ erwähnenswert. Diese bedeutet, dass die Organmitglieder ein Insolvenzverfahren einzuleiten haben, sobald voraussehbar ist,

dass das Unternehmen seine Schulden nicht mehr bezahlen kann. Im Vergleich zu den in Österreich geltenden Vorschriften betreffend die Konkurseröffnung (Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit), müsste danach eine Insolvenzanmeldung noch deutlich früher erfolgen. Außerdem sollen die Vorstandsmitglieder kollektiv für Falschinformationen verantwortlich gemacht werden, um die Richtigkeit der Aktionärsinformationen zu gewährleisten. Eine grundsätzliche Überarbeitung der 8. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Prüfungsrichtlinie) mit dem Ziel der Verbesserung der Qualitätskontrolle der Abschlussprüfer ist ebenfalls in Ausarbeitung.⁴²

Die dargestellten Vorschläge zur Verbesserung der Corporate Governance ist die europäische Antwort auf die verschärften US-Börsengesetze (Stichwort: Sarbanes-Oxley Act) und zeigen deutlich auf, dass die Corporate-Governance-Systeme nicht nur innerhalb Europas sondern weltweit auf dem Prüfstand und im Wettbewerb stehen, denn nur wer das leistungsfähigste Rechtssystem anbieten kann, wird Unternehmen anziehen und die internationalen Finanzströme dauerhaft auf sein Staatsgebiet lenken.

Abschließend soll noch kurz auf zwei wesentliche Instrumente hingewiesen werden, die in Zukunft den Wettbewerb der Rechtsordnungen massiv beschleunigen wird, nämlich die geplanten Richtlinien zur grenzüberschreitenden Fusion und grenzüberschreitenden Sitzverlegung.

Grenzüberschreitende Fusions- und Sitzverlegungsrichtlinie

Nachdem im Rahmen der Verhandlungen zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Jahr 2001 eine Lösung für die Mitbestimmungsfrage gefunden wurde und angesichts der Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, drängt die EU-Kommission nunmehr darauf, die vorliegenden Vorschläge für eine 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften sowie für eine 14. Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften möglichst rasch zu verabschieden. Die Kommission hat mittlerweile einen Entwurf für eine 10. Richtlinie vorgelegt, der zum einen Parallelen zur Errichtung einer Europäischen Aktiengesellschaft im Wege der Verschmelzung aufweist, zum anderen aber dem Grundsatz folgt, dass für eine grenzüberschreitende Verschmelzung im Wesentlichen dieselben Vorschriften gelten, die in den Mitgliedstaaten für Verschmelzungen von Gesellschaften innerstaatlichen Rechts anzuwenden sind.

Gegenüber dem ersten Vorschlag aus dem Jahr 1984 erstreckt sich der Anwendungsbereich des neuen Vorschlages auf alle Kapitalgesellschaften. Da sich die zweite Richtlinie (Kapitalschutzrichtlinie) und die dritte Richtlinie (Fusionsrichtlinie) nur auf die Aktiengesellschaften bezieht, bestehen lediglich für Aktiengesellschaften einheitliche Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten, insbesondere in Bezug auf Mindestkapital, Kapitalerhaltungs- und Gläubigerschutzvorschriften sowie Informationsvorschriften.

Eine nunmehrige Ausweitung der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf sämtliche Kapitalgesellschaften (der alte Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung war auf Aktiengesellschaften beschränkt), ohne vorher die GmbHs und übrigen Kapitalgesellschaften (Ausnahme Aktiengesellschaft) in die zweite und dritte Richtlinie einzubinden, hätte zur Folge, dass in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rahmenbedingungen bestehen würden. Dies betrifft etwa die Bewertung und Einbringung von Sacheinlagen, Mindeststandards betreffend die Kapitalerhöhung und die Kapitalherabsetzung oder die Verhinderung der Ausschüttung „nicht geschuldeter Gewinne“ an die Gesellschafter. Auch sollte für Kapitalgesellschaften jedenfalls ein Mindestkapital in etwa von € 20.000,- als Haftungsfonds vorgeschrieben werden. Bei Nicht-Harmonisierung dieser wichtigen gesellschaftsrechtli-

42) Vgl Peter M Wiesner: Neue Brüsseler Impulse für Corporate Governance und Gesellschaftsrecht in: Betriebs-Berater, 58. Jg, Heft5/2003, Seite 213 ff.

chen Rahmenbedingungen ist zu befürchten, dass eine gesellschaftsrechtliche Entwicklung in Richtung „race to the bottom“ verstärkt einsetzt, die es im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer unbedingt zu vermeiden gilt.

Nach der Richtlinie bestimmt sich die Arbeitnehmermitbestimmung für die nach der Fusion entstandene Gesellschaft nach dem nationalen Recht des Sitzstaates. Ein Verhandlungsverfahren analog der Modalitäten wie bei der Europäischen Aktiengesellschaft (Verhandlungslösung mit Auffangregelung) soll nur dann gelten, wenn das innerstaatliche Recht keine zwingende Mitbestimmung vorsieht und mindestens eine der beteiligten Gesellschaften einem Mitbestimmungssystem unterliegt.

Durch den Richtlinienvorschlag könnte der Fall eintreten, dass im Rahmen einer grenzübergreifenden Fusion, bei der die beteiligten Gesellschaften sich von der Größe wesentlich unterscheiden, ein Großteil der Beschäftigten (übertragende Gesellschaft) das vor der Fusion geltende Mitbestimmungssystem verliert und im nach der Fusion anzuwendenden Mitbestimmungssystem nach dem Recht des „neuen“ Sitzstaates (aufnehmende Gesellschaft ist deutlich kleiner) eine deutlich schwächere Mitbestimmung vorfindet. Unklar ist darüber hinaus, inwieweit für die Arbeitnehmer (Vertreter) der übernehmenden oder übertragenden Gesellschaft tatsächlich Entsendungsrechte im „neuen“ nationalen Mitbestimmungssystem bestehen. Vorgeschlagen wird daher eine Regelung, die auf die Beschäftigtenzahl der beteiligten Gesellschaften Rücksicht nimmt. Für den Fall, dass sich im Rahmen einer grenzübergreifenden Fusion für eine qualifizierte Mehrheit der Beschäftigten das Mitbestimmungssystem zu deren Nachteil ändert, sollten deren Vertreter (Betriebsrat) das Recht erhalten, ein Verhandlungsverfahren analog der SE-Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer einzufordern. Eine solche Regelung könnte erheblich dazu beitragen, dass die grenzübergreifende Verschmelzung nicht dazu missbraucht wird, als Sitzstaat der aus der Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaft jenen mit niedrigerem Mitbestimmungsstandard zu wählen.

Während die Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft besondere Bestimmungen zum Minderheitenschutz vorsieht bzw die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Minderheitsaktionäre ermächtigt (zB Austrittsrechte und angemessene Barabfindung), fehlen solche Bestimmungen in der vorgelegten Richtlinie (Art 2). Dies ist grundsätzlich nicht sachgerecht, weil die Problemlage für Minderheiten sowohl bei Gründung einer Europäische Aktiengesellschaft als auch bei genereller grenzüberschreitender Verschmelzung identisch ist. Hier bedarf es einer dem Statut der Europäischen Aktiengesellschaft analogen Regelung.

Bis Mitte 2004 will die Kommission auch einen Vorschlag für eine 14. Richtlinie vorlegen. Gegenstand der Richtlinie wird die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzungssitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Kapitalgesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat durch Beschluss der Hauptversammlung sein. Der Aufnahmemitgliedstaat könnte allerdings als Voraussetzung für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit und die Eintragung verlangen, dass der Sitzungssitz der Gesellschaft mit ihrem tatsächlichen Sitz übereinstimmt (Sitzungstheorie). In diesem Fall müsste sich der Beschluss über die Verlegung des Sitzungssitzes auch auf die Verlegung des tatsächlichen Sitzes erstrecken. Die Verlegung des Sitzungssitzes würde zu keiner Zeit die Auflösung der Gesellschaft bewirken und - wie die grenzüberschreitende Verschmelzung - steuerneutral erfolgen. Auch die Gläubigerschutzvorschriften würden analog zur grenzüberschreitenden Verschmelzung geregelt werden. Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer werden im Vorschlag voraussichtlich analog der Mitbestimmungsregelung der Europäischen AG oder der 10. Richtlinie geregelt werden.

Zusammenfassung

Es konnten hier nur kurz die Eckpunkte der europäischen Entwicklung auf dem Gebiet des Unternehmensrechts skizziert werden. Es ist aber offensichtlich, dass bereits jetzt ein Wettbewerb der Rechtsordnungen vorherrscht, welcher durch die europäische Aktiengesellschaft sowie den geplanten Richtlinien zur grenzübergreifenden Verschmelzung und Sitzverlegung noch massiv beschleunigt werden wird. Ein ruinöser Wettbewerb im Gesellschaftsrecht muss im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer unbedingt verhindert werden. Es bedarf daher der Angleichung der noch stark unterschiedlichen Rechtsordnungen in den einzelnen Mitgliedstaaten. So gesehen sind die Bemühungen der Kommission zu begrüßen. Eine Harmonisierung der Rechtsordnungen darf aber nicht zu einer Schwächung des Gläubiger- und Aktionärsschutzes sowie der Arbeitnehmermitbestimmung führen. Gerade die Vorschläge zur Überarbeitung der Zweiten Richtlinie (Kapitalerhaltungsrichtlinie) gehen allerdings massiv in Richtung Aushöhlung des traditionellen kontinentaleuropäischen Gläubiger- und Aktionärsschutzes. Die Vorschläge betreffen zB Erleichterungen beim Erwerb eigener Aktien oder beim Bezugsrechtsausschluss, die Möglichkeit der Einbringung bestimmter Sacheinlagen ohne Bewertungsgutachten oder die generelle in Fragestellung eines Mindestkapitals für Kapitalgesellschaften. Diese Entwicklung ist entschieden abzulehnen. Der bereits eingetretene Vertrauensverlust (Stichwort: Bilanzskandale) könnte durch solche Maßnahmen noch weiter verstärkt werden.

Die Leistungsfähigkeit eines Rechtssystems wird auch daran gemessen, inwieweit es die Wirtschaftsteilnehmer vor Missbrauch schützen kann. Das österreichische Gesellschaftsrecht braucht daher den Wettbewerb mit anderen Rechtsordnungen innerhalb der Mitgliedstaaten nicht zu fürchten. Die klaren Strukturen schaffen für alle Beteiligten, auch für die Gesellschafter, Rechtssicherheit, und reduzieren damit erheblich die Transaktionskosten. Das Arbeitnehmermitbestimmungssystem ist fest in unserem Rechtssystem verankert und auch von Seiten der Kapitalvertreter als wichtiger Bestandteil der unternehmerischen Zusammenarbeit anerkannt. Es gilt im Wettbewerb der Systeme auf diese Stärken offensiv hinzuweisen.

3.1.4. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen

Sonja Auer-Parzer

Die Europäische Kommission hat im Februar 2002 einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen⁴³ vorgelegt. Ziel der Richtlinie ist es einerseits, Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen und somit sicherzustellen, dass softwaregeschützte Erfindungen von den nationalen Gerichten einheitlich behandelt werden. Andererseits sollen durch die Richtlinie Innovationen wirksam geschützt und gefördert werden. Patente sollen Anreiz für Investitio-

43) KOM (2002)92 endgültig vom 20. Februar 2002, Abl C 151 E vom 25. Juni 2002, S 129.

nen und Innovationen bieten, aber auch vermeiden, dass der Wettbewerb zum Erliegen kommt. Dabei dürfen jedoch kleine und mittlere Unternehmen nicht behindert oder die Entwicklung interoperationsfähiger Software nicht vereitelt werden. Computerprogramme als solche sollten daher nach den Zielvorgaben der Kommission nicht patentierbar erklärt werden.

Die Arbeiterkammer begrüßt es aufgrund der unklaren Rechtslage grundsätzlich, dass die Kommission einen Harmonisierungsvorschlag zur Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen initiiert hat. Die Entscheidungspraxis der einzelnen nationalen Patentämter der Mitgliedsstaaten zeigt hinsichtlich der Patentfähigkeit von Software bzw softwaregestützter Erfindungen kein einheitliches Bild. Auch hat das Europäische Patentamt in seiner jüngeren Entscheidungspraxis die Frage der Patentierung von computergestützter Software und Software kontrovers beurteilt und die im Europäischen Patentübereinkommen festgesetzte Regel, dass „Software als solche“ einer Patentierung nicht zugänglich ist, sehr aufgeweicht. Nach Ansicht der Arbeiterkammer sollten technische Lösungen, die zuvor mechanisch umgesetzt wurden und nun computergestützt realisiert werden, einer Patentierung zugänglich sein, klassische Anwendungsprogramme (Software als solche) sollten jedoch von einer Patentierung ausgeschlossen sein.

Hinsichtlich des von der Kommission vorgelegten Richtlinienvorschlages musste die Arbeiterkammer jedoch Zweifel dahingehend äußern, ob der Vorschlag den oben angeführten Zielen der Kommission tatsächlich in vollem Umfang gerecht werden kann. Um den Zielsetzungen der Richtlinie zu entsprechen, gilt es, klare Grenzen zwischen patentfähigen Erfindungen und nicht patentierbaren Softwarekomponenten zu schaffen. Wir mussten jedoch feststellen, dass der vorgelegte Kommissionsentwurf unklare Formulierungen aufweist und damit verschiedene Interpretationen zulässt. So setzt zB die Kommission einen „technischen Beitrag“ für die Patentierbarkeit voraus. Eine klare und eindeutige Definition dieser Voraussetzung lässt der Kommissionsvorschlag jedoch vermissen. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass auch „Software als solche“ der Patentierbarkeit durch die Rechtsprechung, der es obliegt, unklare Formulierungen näher zu interpretieren, zugänglich gemacht werden könnte.

Die Arbeiterkammer anerkennt die wichtige Bedeutung der Patente im Hinblick auf die Entwicklung von Forschung und Innovationen. Zweck des Patentrechtes ist es einerseits, Investitionen in die Forschung zu schützen, indem dem Erfinder durch ein zeitlich beschränktes Ausschließungsrecht die Möglichkeit der Refinanzierung eingeräumt wird. Andererseits sollen durch die Offenlegung der Erfindung Innovationen gefördert werden.

Eine Änderung des Patentschutzes auf „Software als solcher“ ist aus wettbewerbspolitischer Sicht kritisch zu bewerten. Die mit Patenten verbundenen Monopolstellung ist geeignet, Konzentrationstendenzen auf dem Softwaremarkt zu verstärken und damit den Wettbewerb zu behindern. Es ist zu befürchten, dass Marktbarrieren für kleine und mittlere Unternehmen – der Großteil der Softwareentwickler in Europa – entstehen, aber auch die Innovationstätigkeit der Open-Source Softwareindustrie negative Auswirkungen erfährt und der Informationszugang allgemein eingeschränkt werden könnte:

- So ist nicht nur die Anmeldung eines Patentbesitzes kosten- und zeitintensiv. Recherchekosten zur Prüfung, ob im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung nicht versehentlich ein Patent verletzt wird, fallen an. Kleine und mittlere Unternehmen verfügen jedoch gewöhnlich nicht über die technischen, rechtlichen und finanziellen Ressourcen, die nicht nur zur Patentierung, sondern auch vor allem zur Abwehr von Klagen, die gegen sie aufgrund eines Patentrechtes eines anderen Unternehmens angestrengt werden, notwendig sind.
- Programmierer sind auf die Zugänglichkeit und Verwertbarkeit des nur begrenzten Vorrates an Algorithmen und Regeln angewiesen. Überschneidungen sind daher kaum zu vermeiden. Pa-

tente auf Software machen eine vernünftige Programmierung von Software ohne den Ankauf von teuren Lizenzen kaum mehr möglich. Dies treibt die Kosten für die Entwicklung weiterer Software in die Höhe und stellt für kleine und mittlere Unternehmen eine schwer zu finanzierende wirtschaftliche Belastung dar.

- Quelloffene Software stellt eine innovative Alternative zu den am Markt etablierten Massenprodukten dar. Die Nichtpatentierung von Software ist eine Voraussetzung für die Existenz und Weiterentwicklung der quelloffenen Software. Quelloffene Software bietet aber auch den kleinen und mittleren Unternehmen neue Möglichkeiten einer individuellen, auf den Einzelfall angepassten Weiterentwicklung und ermöglicht es ihnen, in dieser Marktnische gegenüber der Softwareindustrie konkurrenzfähig zu bleiben.
- Die Besonderheit der Softwareentwicklung liegt in ihrer Dynamik und in den kurzen Innovationszyklen. Muss der Quelltext bei einer Erfindung nicht offengelegt werden, so könnten Patente mit ihrer langjährigen Schutzdauer (20 Jahre) uU sogar innovationshemmend wirken.

Im Zusammenhang mit der Abschottung des Marktes befürchtet die Arbeiterkammer auch wesentliche Auswirkungen auf ArbeitnehmerInnen und KonsumentenInnen. Das Europäische Parlament hat in seiner ersten Lesung am 24. September 2003 die Richtlinie mit 64 von 129 beantragten Änderungsanträgen angenommen. Nach Auffassung der Arbeiterkammer unterstreichen diese Änderungen die Nichtpatentierbarkeit von Programm- und Geschäftslogik und können wesentlich dazu beitragen, freie Veröffentlichung und Interoperabilität zu sichern.

So wird beispielsweise mit dem Bezug auf kontrollierbare Naturkräfte ein Technizitätskriterium geschaffen, das es ermöglicht, patentfähige und nicht patentierbare softwarebasierte Lösungen klar zu differenzieren. Das eingefügte Interoperabilitätsprivileg sowie der Ausschluss von Patentansprüchen auf Computerprogramme als solche bzw auf einen Datenträger spielen für die Open-Source Entwicklungsprojekte eine bedeutende Rolle. Im Anschluss an die Stellungnahme des Europäischen Parlaments ist nach dem Verfahren der Mitentscheidung gemäß Art 251 EG-V ein gemeinsamer Standpunkt des Rates, der Grundlage für eine zweite Lesung im Europäischen Parlament bildet, zu erwarten. Von der irischen Präsidentschaft wurde im Jänner 2004 ein diesbezüglicher „Kompromissvorschlag“ vorgelegt, wobei ua folgende Gegenvorschläge vorgebracht wurden:

- Patentierbarkeit wird im wesentlichen vom Vorliegen eines „technischen Beitrags“ abhängig gemacht. Hat das Europäische Parlament negative und positive Definitionen dazu vorgegeben, so fehlen im Kompromissvorschlag wie im ursprünglichen Kommissionsentwurf dazu die notwendigen Definitionen bzw werden diese zirkulär festgeschrieben.
- Die vom Europäischen Parlament ergänzte Regelungen des Art 5, die die Freiheit der Veröffentlichung sicherstellen, werden gestrichen.
- Die Freiheit der Interoperabilität wie sie im Art 6a des Änderungsvorschlages des Europäischen Parlaments vorgesehen sind, entfällt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dieser Vorschlag wiederum in wesentlichen Punkten von den vom Parlament beschlossenen Änderungen abweicht.

3.1.5. Gruppenfreistellungsverordnung für KMU-Beihilfen

Miron Passweg

Mit 2. Februar 2001 trat die „Verordnung (EG) Nr 70/2001 der Kommission vom 12. Jänner 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen“ (Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für KMU-Beihilfen) in Kraft (Geltungsdauer bis 31. Dezember 2006). Mit Inkrafttreten dieser VO wurde der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen abgeschafft. Ziel der GVO war die Verwaltungsvereinfachung durch Reduzierung der Notifikationserfordernisse für die KMU-Beihilfenvergabe.

Mit dem Entwurf einer „Verordnung der Kommission zur Änderung des Anwendungsbereichs der VO (EG) Nr 70/2001 durch Einbeziehung von Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen“ vom Juli 2003 schlug die Kommission eine Ausweitung gruppenfreistellungsfähiger Beihilfen um Förderungen zugunsten von Forschung und Entwicklung vor. Die VO soll im 1. Quartal 2004 veröffentlicht werden. Problematisch erscheint der Umstand, dass die GVO restriktiver als der noch bis Ende 2005 laufende „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen“ ist. KMUs könnten in manchen Bereichen gegenüber Großunternehmen sogar schlechter gestellt werden. Darüber hinaus könnte die GVO zu Unklarheiten und vor allem einer gewissen Rechtsunsicherheit bezüglich der relevanten Vorschriften beitragen.

Sofort- und/oder Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten

Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten wurden erstmalig 1994 von der Kommission veröffentlicht (ABI C 368 vom 23. Dezember 1994, S 12) und 1999 überarbeitet (ABI C 288 vom 9. Oktober 1999, S 2); sie treten mit 9. Oktober 2004 außer Kraft. Im Jahr 1997 wurden Sonderregelungen für den Bereich Landwirtschaft erlassen. Die neuen „Leitlinien der Gemeinschaft zur Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Sofort- und/oder Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten“ sollen daher am 10. Oktober 2004 in Kraft treten und 5 Jahre lang in Kraft bleiben. In den Leitlinien von 1999 wird noch zwischen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen unterschieden: Rettungsbeihilfen haben danach vorübergehenden Charakter und sollen die Weiterführung eines Unternehmens in Schwierigkeiten so lange ermöglichen, wie dies zur Aufstellung eines Umstrukturierungs- oder Liquidationsplans notwendig ist. In dieser Phase darf in der Regel keine Umstrukturierung vorgenommen werden. Die strenge Trennung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen hat sich aber in der Vergangenheit als problematisch erwiesen. Unternehmen, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden, sind unter Umständen bereits in der Rettungsphase gezwungen, rasch strukturelle Maßnahmen zu ergreifen, um eine Verschlechterung der Finanzlage zu verhindern oder zumindest zu begrenzen. Die neuen Leitlinien führen daher den Begriff der "Sofortbeihilfe" ein. Die Sofortbeihilfe verfolgt den selben Zweck wie eine Rettungsbeihilfe, ermöglicht aber dem Begünstigten, Sofortmaßnahmen auch struktureller Art zu ergreifen wie die sofortige Schließung einer Zweigniederlassung oder den Rückzug aus defizitären Tätigkeitsbereichen in anderer

Form. Angesichts der Dringlichkeit solcher Beihilfen soll den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit geboten werden, die Genehmigung dieser Beihilfen in einem vereinfachten Verfahren zu erwirken. Die neuen Leitlinien sind hinsichtlich ihrer – zumindest gegenüber den 2004 auslaufenden Leitlinien – transparenter und in diesem Sinne positiv zu sehen. Sinnvoll erscheint auch die Einführung der „Sofortbeihilfe“. Vor allem aus Arbeitnehmersicht wäre aber eine drastische Reduzierung dieser Beihilfenart, wie von der Kommission tendenziell angestrebt, sehr problematisch.

Neuer Gemeinschaftsrahmen für die Bewertung staatlicher Beihilfen mit begrenzten Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel; neue Leitlinien für die Prüfung staatlicher Beihilfen von relativ geringer Höhe

Erklärtes Ziel der Kommission ist die Reduzierung der Notifizierungsverfahren, da nach erfolgter EU-Erweiterung mit einem beträchtlichen Ansteigen zu rechnen ist. Nach Ansicht der Kommission sollten wirtschaftliche Tätigkeiten, die keine spürbaren grenzüberschreitenden Wirkungen aufzeigen und weder durch eine hohe Konzentration, noch durch Zutrittsschranken gekennzeichnet sind, hinsichtlich der Kontrolle staatlicher Beihilfen seitens der Europäischen Kommission vereinfachten Bewertungsregeln unterworfen werden. Dazu dient der in Entwurfform vorliegende neue Gemeinschaftsrahmen für die Bewertung staatlicher Beihilfen mit begrenzten Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel.

Der Entwurf zu den neuen Leitlinien für die Prüfung staatlicher Beihilfen von relativ geringer Höhe sieht ein vereinfachtes Bewertungsverfahren für staatliche Beihilfen von geringer Höhe (mit definierter Obergrenze innerhalb eines bestimmten Zeitraumes) vor. Die Bemühungen der Kommission um mehr Flexibilität und Transparenz hinsichtlich der Kontrollverfahren staatlicher Beihilfen, insbesondere auch die Vereinfachung der Notifizierungsverfahren, sind jedenfalls begrüßenswert. Der „neue Gemeinschaftsrahmen“ enthält eine Auflistung von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die nach Ansicht der Kommission den vereinfachten Bewertungsregeln unterworfen werden könnten, die sehr problematisch ist. Das Modell scheint daher in dieser Form nicht sinnvoll anwendbar zu sein. Hingegen könnten die „neuen Leitlinien“ ein sinnvolles Modell darstellen.

3.2. Österreich

3.2.1. Überlegungen zu einer Neugestaltung des Kartellgesetzes

Helmut Gahleitner / Ulrike Ginner

Die neuen europäischen Wettbewerbsregeln (VO 1/2003) treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Eckpunkte dieser VO⁴⁴ sind ua die Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungssystems und die Einführung des Legalausnahmesystems, eine Dezentralisierung der Kontrolle statt dem Freistellungsmonopol der Kommission sowie eine stärkere ex-post-Kontrolle durch die europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden. Hierzu ist auch eine verstärkte Koordination untereinander (Netzwerk der Behörden) vorgesehen.

Es wurde daher von einer ExpertInnengruppe, die der Generaldirektor der Bundeswettbewerbsbehörde einberufen hatte, untersucht, inwieweit ein materieller und verfahrensrechtlicher Anpassungsbedarf des österreichischen Kartellgesetzes notwendig und zweckmäßig ist. Die Ergebnisse wurden dem Justizministerium übermittelt. Dieses hat im Herbst 2003 zu ersten Beratungsgesprächen eingeladen. Der nachfolgende Beitrag soll die Ergebnisse der Arbeitsgruppe kurz darstellen und damit einen Diskussionsbeitrag leisten.

Eckpunkte zu einem neuen österreichischen Wettbewerbsrecht

Zentraler Punkt der Diskussionen in der ExpertInnengruppe war vor allem die Frage, ob das österreichische Genehmigungssystem von anmeldepflichtigen Kartellen, sowie die Anzeigeverpflichtungen von vertikalen Vertriebsbindungen und unverbindlichen Verbandsempfehlungen im Lichte der europäischen Entwicklung noch aufrechterhalten werden können. Die Arbeiterkammer selbst hat sich im Rahmen des Konsultationsprozesses auf europäischer Ebene immer kritisch zur Abschaffung des Anmeldesystems geäußert. Auch Deutschland und die koordinierte österreichische Position verteidigten zunächst das bestehende System, konnten aber die Entwicklung zu einem Legalausnahmesystem nicht aufhalten.

Aktuell wird eine umfassende Novelle des deutschen GWB⁴⁵ erarbeitet, bei der es aller Voraussicht nach zu einer Einführung des Legalausnahmesystems kommen wird⁴⁶. Dadurch gerät auch Österreich unter Zugzwang, da bei einer Beibehaltung des Anmeldesystems strengere verfahrensrechtliche Anforderungen gelten würden als im übrigen Europa. Es wäre somit unverhältnismäßig bei nationalen/regionalen Kartellvereinbarungen andere (strengere) Regeln anzuwenden, als bei grenzüberschreitenden und somit europäischen Wettbewerbsrecht unterliegenden Vereinbarungen. Aus diesem Grund kam die Arbeitsgruppe zum Ergebnis, die europäischen Wettbewerbsvorschriften konsequent zu über-

44) Siehe auch ausführliche Analyse in: Fusionen und Übernahmen Teil 1 – Wettbewerbsbericht der AK Wien 2002, S 20ff.

45) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (7. GWB Novelle)

46) WuW 1/2004 S 47 Christiana Maahs, Ausnahmehereiche des Kartellrechts – Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle

nehmen und die bestehenden kartellrechtlichen Einzel- bzw Sonderbestimmungen einer kritischen und zeitgemäßen Bewertung zu unterziehen. Daraus resultieren folgende materiellrechtliche Auswirkungen:

- Übernahme des generellen Kartellverbotes gem Artikel 81; dies bedeutet, dass nun auch Wirkungskartelle⁴⁷ in den gesamten Anwendungsbereich fallen und unverbindliche Verbandsempfehlungen nicht mehr in Bezug auf eine möglichen Verhaltensabstimmung privilegiert sind. Hinsichtlich der Bagatellkartelle ist die Beibehaltung der bestehenden Schwellenwerte (5% am gesamten inländischen Markt und 25% an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt) vorgesehen.
- Reduzierung der Ausnahmebestimmungen des § 5 KartG, dies könnte dazu führen, dass fortan im Wesentlichen nur mehr Sonderbestimmungen für Zeitschriften und Bücher bestehen bleiben und zB die Sonderregelungen für Genossenschaften abgeschafft werden.
- Bei Zusammenschlüssen wird vorgeschlagen, dass die Anmeldungen fortan direkt bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und beim Bundeskartellanwalt vorgenommen werden sollen, sodass auch die Anmeldegebühr an Erstere zu bezahlen ist. Die BWB soll künftig als zentraler Informationspool für die Öffentlichkeit dienen und die Verantwortung für die Transparenz (Veröffentlichung) in Wettbewerbsverfahren innehaben. So sollen ua auch die Einleitung eines Prüfverfahrens und Auflagenentscheidungen von dieser veröffentlicht werden. Außerdem können auch Geldbußenentscheidungen kundgemacht werden.
- Klargestellt werden soll auch die Sanktion bei Nichteinhaltung von Auflagen/Beschränkungen. Soweit der Zusammenschluss anders als mit diesen Auflagen/Beschränkungen durchgeführt wird, ist dieser verboten und die diesbezügliche Nichtigkeit gegeben.
- Kartellrecht soll ausschließlich Bundeskompetenz werden. Dies bedeutet, dass das KartG auch in Angelegenheiten, die in Gesetzgebung oder Vollziehung Sache der Länder sind anwendbar sein soll. Dazu ist eine Verfassungsbestimmung erforderlich.
- Strukturelle Maßnahmen bei verbotenen Kartellen sowie bei Marktmachtmissbrauch sollen unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit möglich sein.
- Statt Abstellungsmaßnahmen kann das Kartellgericht auch Verpflichtungszusagen der Unternehmen für bindend und verfahrensbeendend erklären.
- Feststellungen sollen auch für in der Vergangenheit durchgeführte, aber bereits beendete Kartelle sowie Marktmachtmissbräuche bei Vorliegen eines berechtigten Interesses möglich sein.
- Neu eingeführt werden sollen - in Anlehnung an europäische Wettbewerbsvorschriften - auch Zwangsgelder zur Einhaltung von ua Abstellungsentscheidungen und Verpflichtungszusagen.
- Eine mögliche Kronzeugenregelung ist noch in Diskussion.

Die Arbeiterkammer wird im Rahmen der Kartellgesetznovelle besonderes Augenmerk darauf richten, dass es zu einer Verbesserung der Transparenz in Wettbewerbsfragen kommt. Nur wenn die Öffentlichkeit von der Arbeit der mit Wettbewerb befassten Institutionen erfährt, kann eine Sensibilisierung für die Notwendigkeit einer effizienten Wettbewerbspolitik bewirkt werden. Begrüßt wird jedenfalls jetzt schon, dass das Kartellgericht auch rechtskräftige erstinstanzliche Entscheidungen im RIS veröffentlicht. Bedauert wird hier aber die lange Vorlaufzeit. Die Arbeiterkammer setzt sich auch für die Beibehaltung der Anzeigepflicht bei unverbindlichen Verbandsempfehlungen ein. Gerade für die BWB sind Informationen über das Marktgeschehen von großer Wichtigkeit. Außerdem vertritt die Arbeiterkammer die Ansicht, dass es für bestimmte sensible Branchen (wie etwa für Kooperationen im Asphaltmischbereich) nach wie vor ein kartellgerichtliches Genehmigungsverfahren geben sollte. Dies könnte mittels Verordnung geregelt werden.

Diese Novelle wird insbesondere für die BWB als Hauptverantwortliche für funktionierenden Wettbewerb eine neue Herausforderungen darstellen. Durch die Abschaffung des Anmelde- und Genehmi-

47) Siehe § 18 Abs 3 iVm § 10 Abs 1 KartG 1988

gungssystems wird verstärkt Eigeninitiative notwendig sein, um Kartellverstöße rechtzeitig aufzugreifen. Soweit es sich um europäische bzw grenzüberschreitende Sachverhalte handelt ist eine effiziente Zusammenarbeit mit der EU-Kommission sowie den anderen Wettbewerbsbehörden im Rahmen des eingerichteten Behördennetzwerkes notwendig. Die Arbeiterkammer erwartet sich von den Amtsparteien, dass Konsumenteninteressen ausreichend Berücksichtigung finden. Aber auch die Unternehmen sind aufgerufen selbst eingehend zu prüfen, ob die geplanten Kooperationen den rechtlichen Vorgaben entsprechen. Die Arbeiterkammer geht davon aus, dass ein Gesetzesentwurf noch in der ersten Jahreshälfte in Begutachtung gehen wird und das neue Gesetz spätestens mit Beginn nächsten Jahres in Kraft treten wird.

3.2.2. Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten

Dorothea Herzele

Das neue Öffnungszeitengesetz

Seit 1. August 2003 gilt in Österreich ein neues Öffnungszeitengesetz⁴⁸. In seiner zentralen Bestimmung (§ 4 Öffnungszeitengesetz) sieht dieses Gesetz eine Rahmenöffnungszeit von Geschäften von Montag 5:00 Uhr bis Samstag 18:00 Uhr vor, wobei die wöchentliche Offenhaltezeit 66 Stunden nicht überschreiten darf⁴⁹. Den Landeshauptleuten wird die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens per Verordnung für das jeweilige Bundesland oder für bestimmte Regionen die Öffnungszeiten konkret festzulegen. Hierbei sind die Einkaufsbedürfnisse der Bevölkerung sowie der Touristen zu berücksichtigen, den gesetzlichen Interessensvertretungen der Arbeitgeber und der ArbeitnehmerInnen steht ein Anhörungsrecht zu. Auch haben die Landeshauptleute die Möglichkeit die wöchentlichen Offenhaltezeit auf bis zu 72 Stunden zu erweitern. Verzichtet ein Landeshauptmann auf die Festlegung der Öffnungszeiten, so dürfen die Verkaufsstellen - unter Berücksichtigung der wöchentlichen Offenhaltezeit von 66 Stunden - von Montag bis Freitag von 5:00 Uhr bis 21:00 Uhr und am Samstag von 5:00 Uhr bis 18:00 Uhr offengehalten werden (Auffangregelung bei Untätigkeit des Landeshauptmannes). Die Landeshauptleute in den westlichen und südlichen Bundesländern haben ihre Verordnungsermächtigung überwiegend dafür genutzt, die bisher geltenden allgemeinen Öffnungszeiten zu bestätigen⁵⁰ (zwischen Montag und Freitag bis 19:30 Uhr; Samstags bis 17:00 Uhr). Nur Landeshauptmann Pröll scherte aus: In Niederösterreich dürfen die Geschäfte seit 1. August 2003 zwischen Montag und Freitag täglich bis 21:00 Uhr offengehalten werden, Samstags bis 18:00 Uhr. Von den angrenzenden Bundesländern kam dadurch vor allem Wien unter starken Handlungsdruck: Um einen massiven Kaufkraftabfluss⁵¹ und damit die Gefährdung von Arbeitsplätzen zu vermeiden

48) BGBl I Nr 48/2003: Erlassung des Öffnungszeitengesetzes 2003 und der Änderung der Gewerbeordnung 1994, des Arbeitsruhegesetzes und des Sonn- und Feiertags-Betriebszeitengesetzes.

49) Für genauere Ausführungen dazu vgl: Öffnungszeitengesetz 2003 – Auf dem Weg zum Konkurrenz-Föderalismus? Hannes Schneller, DRdA 6/2003, S 594

50) Der Vorarlberger Landeshauptmann führte einen langen Einkaufsabend bis 21:00 Uhr ein.

51) Schon vor August 2003 – also der „Verlängerung“ der Öffnungszeiten – gaben die WienerInnen 1 Mrd € (11% der Kaufkraft) in Niederösterreich aus (vgl: APA Aussendung der WHK vom 24. Juli 2003)

wurde zwischen den Wiener Sozialpartnern und der Gemeinde Wien⁵² ein Konsens getroffen, wonach die Wiener Geschäfte an zwei Wochentagen nach freier Wahl bis 21:00 Uhr offengehalten werden dürfen (lange Einkaufsabende) und an Samstagen bis 18:00 Uhr. Im angrenzenden Burgenland wurde unter der Woche ein langer Einkaufsabend bis 21:00 Uhr eingeführt und die Öffnungszeit für Samstage neu geregelt (bis 18:00 Uhr). Allerdings gilt die burgenländische Öffnungszeitenverordnung nur befristet bis 30. Juni 2004. Die folgende Tabelle bietet eine Übersicht über die allgemeinen Öffnungszeiten in den einzelnen Bundesländern (Sonderregelungen wie zB für Tourismusgebiete, Verkaufsstellen bestimmter Art, etc, werden nicht berücksichtigt).

Tabelle 14: Allgemeine Öffnungszeiten in den Bundesländern

Bundesland	Montag bis Freitag	Samstag	wöchentliche Offenhaltezeit
Wien ⁵³	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr 2 Wochentage bis 21:00 Uhr	6:00 Uhr bis 18:00 Uhr	66 Stunden
Niederösterreich ⁵⁴	5:00 Uhr bis 21:00 Uhr	5:00 Uhr bis 18:00 Uhr	66 Stunden
Burgenland ⁵⁵	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr 1 Wochentag bis 21:00 Uhr	6:00 Uhr bis 18:00 Uhr	66 Stunden
Oberösterreich ⁵⁶	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden
Salzburg ⁵⁷	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden
Tirol ⁵⁸	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden
Vorarlberg ⁵⁹	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr 1 Wochentag bis 21:00 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden
Steiermark ⁶⁰	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden
Kärnten ⁶¹	6:00 Uhr bis 19:30 Uhr	6:00 Uhr bis 17:00 Uhr	66 Stunden

Quelle: Eigene Recherchen

Aus den Ergebnissen der Tabelle wird ersichtlich, dass durch die „Verlängerung der Entscheidungskompetenz“ die Bedeutung der Öffnungszeiten als Standortfaktor zunimmt: Dies zeigt sich auch im „Öffnungszeitenwettbewerb“ zwischen Wien und Niederösterreich. Denn die Erweiterung der Öffnungszeiten erfolgte wohl weniger nach sachlichen Erwägungen sondern vielmehr aufgrund des wirtschaftlichen Drucks einzelner großer Handelsketten bzw –Agglomerationen: So war es auch die Shopping City Süd (SCS) in Niederösterreich die Anfang Oktober zweimal pro Woche (Donnerstag und Freitag) das „Late-Night-Shopping“ einführte⁶² und damit das „Öffnungszeitenkarussell“ in der Ostregion in Bewegung gesetzt hat.

52) Sozialpartnerverhandlung vom 17. November 2003

53) Wiener Öffnungszeitenverordnungen 2003 LGBl Nr 35/2003 (vom 2.8.2003) und LGBl 50/2003 (vom 26.11.2003)

54) NÖ Öffnungszeitenverordnung 2003 LGBl Nr 108/03 (vom 20. Dezember 2003)

55) Bgld Ladenöffnungszeitenverordnung 2004 LGBl Nr 18/2004 (vom 8. Jänner 2004); befristet bis 30. Juni 2004

56) OÖ Öffnungszeitenverordnung 2003 LGBl Nr 93/2003 (vom 1. August 2003)

57) Slzbg Öffnungszeitenverordnung 2003 LGBl Nr 61/2003 (vom 2. August 2003)

58) Tiroler Öffnungszeitenverordnung 2003 LGBl N 71/2003 (vom 1. August 2003)

59) VlbG Werktag-Öffnungszeitenverordnung LGBl Nr 34/2003 (vom 1. August 2003)

60) Stmk Öffnungszeitenverordnung 2003 LGBl Nr 65/2003 (vom 1. August 2003)

61) Ktn Öffnungszeiten-Verordnung 2003 LGBl Nr 46/2003 (vom 11. August 2003)

62) Der zweite lange Einkaufsabend am Freitag wurde bei der SCS am 9. Jänner 2004 wieder eingestellt, IKEA hält weiterhin neben dem „langen SCS-Donnerstag“ auch am Freitag bis 21:00 Uhr offen.

4. WETTBEWERBSAKTIVITÄTEN DER ARBEITERKAMMER

4.1. Zusammenschlüsse, Kartellrechtliches

4.1.1. Zusammenschluss ÖBB / Postbus AG

Helmut Gahleitner

Nachdem der OGH als Kartellobergericht mit Beschluss vom 10. März 2003 die gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 16. September 2002 (GZ 25 Kt 206, 260/02-26) beantragten Rekurse abgelehnt hatte und damit die Anwendung des Konzernprivilegs gem § 41 Abs 3 KartG für den geplanten Zusammenschluss von ÖBB und Österreichische Postbus AG ausschloss, erfolgte im März 2003 die kartellgerichtliche Anmeldung nach § 42a KartG. Innerhalb der vierwöchigen Prüfungsfrist haben die neuen Amtsparteien, Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde, fristgerecht beim Kartellgericht einen Prüfantrag gestellt.

Die beteiligten Unternehmen und ihre Mitbewerber

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stehen unmittelbar (ÖBB) und mittelbar (Österreichische Postbus AG) im Alleineigentum des Bundes. Der Bahn-Bus unterhält rund 800 Busse und erwirtschaftete im Jahr 2000 mit rund 1.700 MitarbeiterInnen einen Umsatz in Höhe von 96 Mio €⁶³. Die Österreichische Postbus AG verfügt über rund 1.600 Busse und beschäftigt ca 3.000 MitarbeiterInnen. Die auf die Personenbeförderung entfallenen Umsatzerlöse beliefen sich im Jahr 2000 auf 168 Mio €⁶⁴. Neben den kommunalen Verkehrsunternehmen (zB Wiener Linien, Grazer Verkehrsbetriebe) sind auch noch bedeutende private Busunternehmen („Firmengruppe Dr Richard“, „Blaguss“) neben anderen kleineren Anbietern im Bereich des Österreichischen Personennahverkehrs (ÖPNV) tätig. So verfügt etwa die Firmengruppe „Dr Richard“ über rund 820 Busse und erwirtschaftete im Jahr 2002 mit 1.379 MitarbeiterInnen einen Umsatz in Höhe von 196 Mio €⁶⁵. Die Wiener Linien verfügen über 500 Busse, Blaguss über rund 300 Busse. Im internationalen Vergleich würde ein gemeinsames Busunternehmen der beiden Busdienste mit insgesamt 2.400 Bussen nicht unter den 10 größten europäischen Unternehmen aufscheinen (zum Vergleich: Connex: 14.500, Arriva: 7.000, Stagecoach: 7.200 und Transdev: 6.000 Busse).

Ziel des von Seiten der Bundesregierung mit Beschluss vom 14. Mai 2002 angeordneten Zusammenschlusses ist die Schaffung „eines attraktiveren und besseren öffentlichen Verkehrs unter Wahrung der berechtigten Interessen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beider Unternehmen“ (Bundesminister für

63) Geschäftsbericht ÖBB und eigene Recherchen

64) Geschäftsbericht Österreichische Postbus AG

65) Umsatz und Beschäftigtenzahl wurden aus „Goldener Trend 2003“ entnommen.

Finanzen: Vortrag an den Ministerrat vom 14. Mai 2002). Die Bundesregierung begründet ihr Vorhaben mit bedeutsamen verkehrs- und volkswirtschaftlichen Vorteilen, weil die durch den Zusammenschluss zu realisierenden Synergiepotentiale in Höhe von jährlich 37,2 Mio € für die Optimierung des Verkehrsangebots im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) zum Nutzen der KonsumentInnen bei gleichzeitiger Hebung der Wirtschaftlichkeit verwendet werden können.

Aktivitäten der Arbeiterkammer

Die Arbeiterkammer hat im Rahmen des Prüfverfahrens von ihrem Stellungnahmerecht gem § 49 KartG Gebrauch gemacht und zum geplanten Zusammenschlussvorhaben von ÖBB und Österreichische Postbus AG eine umfassende Stellungnahme abgeben. Die Arbeiterkammer hat hierbei folgende Fragestellungen bearbeitet:

1. Ist Wettbewerb aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen möglich?
2. Gibt es einen „Restwettbewerb“?
3. Gibt es in Zukunft einen Wettbewerb?
4. Erfüllt der Zusammenschluss die Freistellungsvoraussetzungen gem § 42b Abs 3 KartG?

Zu 1. Ist Wettbewerb aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen möglich?

Der ÖPNV ist geprägt durch eine starke Regulierung von Seiten der öffentlichen Hand. Der strenge rechtliche Regulierungsrahmen ist durch folgende Faktoren gegeben:

- Sämtliche Verkehrsunternehmen, die ÖPNV-Leistungen erbringen, haben im Rahmen der in Österreich flächendeckend eingerichteten Verkehrsverbünde jeweils eine Kooperationsgemeinschaft zu bilden, die die Interessen aller am Verbund beteiligten Konzessionsinhaber gegenüber der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft (Bund, Länder, Gemeinden oder Dritte) vertritt. Wettbewerbliche Beschränkungen zwischen den Marktteilnehmern sind vom Gesetzgeber somit erwünscht.
- Kooperationsgemeinschaft und Verbundorganisationsgesellschaft haben für einen Verbundraum den Verbundregelbeförderungspreis festzulegen (vgl § 16 Abs 1 Z 1 ÖPNRV-G). Die für einen Verbundraum festgesetzten Verbundregelbeförderungspreise sind den Konzessionsbehörden anzuzeigen und gelten für alle am Verbund teilnehmenden Kraftfahrlinienunternehmen (vgl § 31 Abs 2 Kfl-G).
- Die Kooperationsgemeinschaft koordiniert die Fahrplangestaltung. Innerhalb des Verbundes besteht Tarifhoheit; kein Unternehmen kann seine Fahrpreise selbst bestimmen.
- Die Verbundorganisationsgesellschaft koordiniert die Bestellung von Verkehrsdiensten sowie Marketing- und Vertriebsaktivitäten und kontrolliert die Erfüllung der Qualitätskriterien. Kein Unternehmen kann daher selbstständig aus eigenem Ermessen Linien bedienen; auch können die Wettbewerbsparameter Qualität und Marketing zwischen den einzelnen Verkehrsunternehmen nur marginal variieren.
- Verkehrspolitisch nicht notwendiger Parallelverkehr ist zu vermeiden; eine Konzession für eine neue Linie wird daher versagt, wenn die vorhandenen Verkehrsunternehmen durch die Aufnahme einer neuen Kraftfahrlinie in der Erfüllung ihrer Verkehrsaufgaben gefährdet werden, dh einen wirtschaftlich nicht vertretbaren Schaden erleiden würden (§ 7 Abs 1 Z 4 lit b Kfl-G). Ein wirtschaftlicher Wettbewerb um Kunden und Marktanteile ist somit gesetzlich ausgeschlossen.

Die aufgezeigten rechtlichen Rahmenbedingungen auf dem Markt des ÖPNVs lassen faktisch kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Verkehrsunternehmen zu. Koppensteiner spricht im Rahmen des

ÖBB/Postbus-Zusammenschlusses daher von fehlender Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und dem Entstehen bzw der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung⁶⁶.

Zu 2. Gibt es einen Genehmigungswettbewerb um Konzessionen („Restwettbewerb“)?

Die zum Betrieb der Linien im ÖPNV erforderlichen Konzessionen zum Betrieb einer Kraftfahrline werden zeitlich befristet für einen Zeitraum von längstens 10 Jahren erteilt. Während der Konzessionsdauer genießt der Konzessionsinhaber praktisch ein Monopol auf der Konzessionslinie, ohne allerdings eine Monopolrente lukrieren zu können. Aus dieser Tatsache könnte abgeleitet werden, dass im Falle der Vergabe von Konzessionen oder nach Auslaufen einer bestehenden Linienkonzession ein reger Wettbewerb zwischen den Verkehrsunternehmen stattfindet. Ein historischer Rückblick über die bisherige Vergabe der Konzessionen bestätigt nicht die Existenz eines Genehmigungswettbewerbs.

Der Bahn-Bus der ÖBB betreibt in Österreich 225 Linien, die Österreichische Postbus AG 720 Linien. Die von den beiden Unternehmen gehaltenen Konzessionen sind vor allem das Ergebnis einer verkehrspolitischen Entscheidung der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Verantwortung für die Gewährleistung eines leistungsfähigen ÖPNV. Während der Postbus überwiegend im regionalen Überlandverkehr Konzessionen hält, ist der Bahn-Bus vorwiegend im Zubringerdienst für den Schienenverkehr tätig. Die Konzessionen wurden somit nach verkehrspolitischen Überlegungen vergeben und sind nicht das Ergebnis eines Leistungswettbewerbs zwischen den Verkehrsunternehmen.

Auch nach dem Auslaufen der Linienverkehrskonzession findet - wenn überhaupt - nur ein sehr eingeschränkter Wettbewerb statt. Aufgrund der gesetzlichen Regelung, wonach bei Wiedererteilung der Konzession der bisherige Konzessionsinhaber eine Art Konzessionsschutz genießt (§ 29 Abs 1 KfIG lautet: „...bei sonst gleichem Angebot ist der bisherige Konzessionsinhaber vor allem zu berücksichtigen“) und zu dem Nachbesserungsmöglichkeiten eines Konzessionsinhabers bestehen (§ 7 Abs 1 Z 4 lit c), sind auch hier wesentliche Marktzutrittsschranken gegeben.

Im Falle der Bestellung von Kursen, die beim Konzessionsinhaber oder bei einer Verkehrsverbundgesellschaft über das vorhandene Fahrplanangebot hinaus erfolgen, können diese Fahrten nur dann ausgeschrieben werden, wenn der Konzessionsinhaber der Kraftfahrline, auf der diese Kurse geführt werden sollen, nicht bereit ist, diese Bestellfahrten - trotz eines wirtschaftlich zumutbaren Entgelts - auszuführen.

Aufgrund der vorgenommene Analyse der Konzessionsvergabe ist festzustellen, dass im derzeitigen System der Konzessionsvergabe bzw –verlängerung ein so genannter „Restwettbewerb“- wenn überhaupt - nur sehr marginal stattfindet und dieser durch den Zusammenschluss weder eingeschränkt noch beseitigt würde.

Zu 3. Gibt es in Zukunft einen Wettbewerb?

Der ÖPNV befindet sich in einem Wandlungsprozess. Ziel der beabsichtigten Liberalisierung ist die Einführung eines „kontrollierten Wettbewerb“, eines so genannten Ausschreibungswettbewerbs für ÖPNV-Leistungen. In der Situation der Marktöffnung (zB Ausschreibung einer Linie bzw eines Linienbündels) werden alle potentiellen Anbieter gleichbehandelt, bestehende Marktanteile haben auf die Vergabeentscheidung keinen Einfluss. Befürchtungen von Seiten der Verkehrsverbünde, dass das neue Busunternehmen in einem künftigen Wettbewerb marktbeherrschend sein würde, scheinen un-

66) Vgl Koppensteiner in: Der Standard vom 2. Mai 2002.

begründet, weil letztlich der Bestbieter die Konzession erhält. Im Übrigen werden sich neben den nationalen Anbietern auch internationale Verkehrsunternehmen um die ausgeschriebenen Konzessionen bewerben, die viel größer und kapitalstärker als das „neue“ Busunternehmen sind.

Zu 4. Erfüllt der Zusammenschluss die Freistellungsvoraussetzungen gem § 42b Abs 3 KartG?

Das Kartellgericht hat gemäß § 42b Abs 3 KartG einen Zusammenschluss trotz des Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen freizugeben, wenn:

- „1. zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen oder
- 2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.“

Nach Gugerbauer ist ua eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gegeben, „wenn die zusammengeschlossenen Unternehmen gemeinsam leistungsfähiger sind als dies vor dem Zusammenschluss der Fall war“⁶⁷. Voraussetzung hierfür ist, dass es einen Markt mit einer genügend großen Anzahl von Mitbewerbern gibt. Auch die Kommission bewertet im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle die Realisierung von Effizienzvorteilen positiv, sofern sich diese unmittelbar zum Nutzen der VerbraucherInnen auswirken⁶⁸. Aus Sicht der Arbeiterkammer erfüllt der Zusammenschluss jedenfalls die Freistellungsvoraussetzungen gem § 42b Abs 3 KartG.

Nach Einführung des Wettbewerbsprinzips im ÖPNV wird eine Vielzahl von international tätigen Verkehrsunternehmen auf den österreichischen Markt drängen. So operieren etwa Betreibergesellschaften wie der französische Konzern „Connex“, das schottische Unternehmen „stagecoach“, das französische Unternehmen „Transdev“ oder das britische Unternehmen „Arriva“ grenzüberschreitend und versuchen mit ihrer Kapitalkraft eine expansive Politik zu betreiben. Nur wenn sichergestellt ist, dass die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Busdienste dem internationalen Standard entspricht, können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einen positiven Beitrag zum künftigen Wettbewerb um Linienkonzessionen zum Nutzen der KonsumentInnen leisten. Das Synergiepotential beläuft sich auf rund 37,2 Mio €. Bei einem Gesamtumsatz beider Unternehmen in Höhe von rund 260 Mio € machen die jährlichen Synergieeffekte über 14% des Umsatzes aus, wodurch die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit von BahnBus und Postbus enorm gesteigert werden kann.

Für die KonsumentInnen hat der Zusammenschluss mehrere Vorteile. Integrierte Verkehrskonzepte in Abstimmung mit den Verkehrsverbundorganisationen und anderen Anbietern sollen den ÖPNV für den Fahrgast noch attraktiver machen (Anschlussverbesserungen, geringere Wartezeiten, Verkürzung der door-to-door-Zeit, Erschließung neuer Verkehre, verbesserte Fahrplankoordinierung mit dem Schienenverkehr). „Ziel der Zusammenführung der beiden Busdienste ist insgesamt ein besseres Angebot für die Konsumentinnen und Konsumenten...“ (Ministerratsvortrag vom 14. Mai 2002, Bundesminister Grasser). Ein für KonsumentInnen attraktiver ÖPNV sichert darüber hinaus die Wettbewerbsfähigkeit des gesamten ÖPNV-Marktes gegenüber dem motorisierten Individualverkehr. KonsumentInnen sind nämlich nur dann bereit auf den Einsatz ihres individuellen Verkehrsmittels zu verzichten, wenn sowohl die Kostenseite als auch die Qualität und das Service für die Benützung des ÖPNVs sprechen.

67) Gugerbauer: Kommentar zum Kartellgesetz, Seite 308

68) Vgl Mitteilung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gem der Fusionskontrollverordnung, Abs 87 ff

Der Zusammenschluss ist auch aus umwelt- und verkehrspolitischen Überlegungen volkswirtschaftlich gerechtfertigt. Eine bessere Abstimmung zwischen Bus- und Schienenverkehr wird mehr Leute dazu bewegen, von ihrem Auto auf ein öffentliches Verkehrsmittel umzusteigen. Geringere Emissionen fördern die Lebensqualität jedes einzelnen Bürgers; ein attraktiver ÖPNV trägt zudem zur Entlastung der morgendlichen Staus in den Ballungsräumen bei, welche erhebliche betriebliche wie volkswirtschaftliche Kosten verursachen. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die Arbeitsplätze bei der Österreichischen Postbus AG und beim Busdienst der ÖBB nur dann nachhaltig gesichert sind, wenn beide Unternehmen die Chance bekommen, die durch den Zusammenschluss freiwerdenden Kosteneinsparungen zu realisieren.

Ergebnis der internen Prüfung

Die Arbeiterkammer hat sich aufgrund der oben dargestellten Analyse für die Freigabe des Zusammenschlusses ausgesprochen. Selbst unter der Annahme, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, erfüllte nach Auffassung der Arbeiterkammer der gegenständliche Zusammenschluss die Freistellungsvoraussetzungen gem § 42b Abs 3 KartG.

Entscheidung des Kartellgerichts

Das Kartellgericht hat am 14. August 2003 den Zusammenschluss von ÖBB/Postbus AG ohne Auflagen genehmigt (siehe Kapitel 5.2.1.). Die Entscheidung des Kartellgerichts wird von der Arbeiterkammer grundsätzlich positiv bewertet, da so bestmöglich gesichert ist, dass die österreichische Verkehrspolitik in Österreich gemacht wird und zwar zum Nutzen der KundInnen. Das neue Unternehmen hat jetzt die Chance, durch Realisierung der Synergieeffekte international wettbewerbsfähig zu werden und die Chancen der EU-Osterweiterung entsprechend zu nützen.

4.1.2. Zahlungsverkehrsallianz 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 sollte demnach in eine eigene Gesellschaft ausgelagert werden. Ziel der beteiligten Gesellschaften war es, durch die Nutzung von Synergieeffekten Kosteneinsparungen im Ausmaß von 10–30% der derzeitigen Aufwendungen zu erzielen. Die Arbeiterkammer hat dem Kartellgericht gem § 49 KartG im Jänner 2003 eine umfassende Stellungnahme übermittelt. Die wichtigsten Punkte waren:

- Im Wettbewerb der Bankinstitute um KonsumentInnen und Marktanteile stellt das Girokonto wahrscheinlich das wichtigste Bankprodukt dar. Der Preis für das Girokonto (Kontoführungs-

gebühr, Buchungskostenbeitrag, Gebühren für Daueraufträge, Einzugsaufträgen sowie Bar-einzahlungen etc) 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 die KundInnenstruktur.
- 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 von niedrigeren Kontogebühren an die KonsumentInnen 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 20–30% der Kosten zu prüfen. Es dürfen nicht nur angebliche Mehrkosten auf die KundInnen übertragen werden, sondern es sind auch Kostenvorteile an die KonsumentInnen weiterzugeben.

Für die Arbeiterkammer war daher 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. Im Rahmen einer Pressekonferenz im Februar 2003 wurde die Öffentlichkeit über die Position der Arbeiterkammer informiert.

Die Entscheidung des Kartellgerichts bestätigt die inhaltliche Bewertung der Zahlungsverkehrsallianz durch die Arbeiterkammer (siehe Kapitel 5.2.2.). Für die Arbeiterkammer ist insbesondere die Auflage betreffend die Reduzierung der Überweisungsdauer von großer konsumentenpolitischer Bedeutung. Nach ersten Berechnungen ergeben sich durch die Reduzierung der Überweisungsdauer jährliche Einsparungen von bis zu 13 Mio € für die KonsumentInnen. Außerdem ist damit zu rechnen, dass dadurch der Druck auf die übrigen Mitbewerber steigen wird und diese ebenfalls eine Reduzierung der Überweisungsdauer vornehmen werden.

Das tatsächliche Aussehen der Zahlungsverkehrsallianz steht derzeit noch nicht fest. Die Arbeiterkammer wird sich aber jedenfalls dafür einsetzen, dass die KonsumentInnen nach der Aufnahme der operativen Tätigkeit von den Kostenvorteilen dieser Allianz profitieren werden. Insbesondere wird die Arbeiterkammer dafür Sorge tragen, dass die in der Entscheidung des Kartellgerichts aufgenommene Verpflichtung, Vorteile in Form von Effizienzsteigerungen an die EndverbraucherInnen weiterzugeben, eingehalten wird.

4.1.3. Feststellungsantrag gegen Schiverbund Amadé⁶⁹

Karin Wessely / Helmut Gahleitner

Mehr als 3,2 Mio ÖsterreicherInnen machen jedes Jahr in Österreich zumindest einen Tagesschiausflug. Die Arbeiterkammer wurde mit zahlreichen KonsumentInnenbeschwerden konfrontiert, die zu Recht beklagten, dass durch die einheitliche Preisgestaltung der immer größer werdenden Schiverbünde die Wahlmöglichkeit für KonsumentInnen, ob sie in einer Schiregion bleiben oder einen überregionalen Schipass kaufen wollen, enorm eingeschränkt wird. So kostete etwa eine Tagesliftkarte in der Wintersaison 2002/03 in der gesamten Schiregion Amadé einheitlich 32,50 €, obwohl kein Schifahrer die angebotenen 865 Pistenkilometer und fünf Schigebiete zwischen Gastein und dem 90 km entfernten Schladming an einem Tag bewältigen kann. Selbst WochenschipassbenützerInnen werden nur in den seltensten Fällen das gesamte Schigebiet erkunden. Der Wettbewerb unter den Schilift- und Seilbahnbetrieben wird dadurch zu Lasten der KonsumentInnen ausgeschaltet. Nach eingehender wettbewerbsrechtlicher Prüfung hat die Bundesarbeitskammer am 18. Februar 2003, vertreten durch RA Dr Karin Wessely, gegen 24 Antragsgegnerinnen⁷⁰ beim Kartellgericht einen Feststellungsantrag gem § 8a KartG eingebracht. Die Antragsgegnerinnen sind Seilbahnbetriebe und Mitglieder des Schiverbunds Amadé (im folgenden Schiverbund). Der Feststellungsantrag sollte Klärung darüber bringen, ob der Schiverbund Amadé dem KartG unterliegt, insbesondere ob und inwieweit der Tatbestand eines (genehmigungspflichtigen) Kartells erfüllt ist.

Gegenstand des Verfahrens⁷¹

Der Schiverbund Amadé ist der größte Schiverbund Österreichs und erstreckt sich über fünf Schiregionen (Salzburg Sportwelt, Schladming-Dachstein-Tauern, Gasteinertal, Hochkönigs Winterreich, Großarlal). Er ist seit der Wintersaison 2001/02 operativ tätig und umfasst 865 Pistenkilometer zwischen Gastein und Schladming, beschäftigt rund 1.400 MitarbeiterInnen und erwirtschaftet einen Gesamtumsatz von 102 Mio €. Für eine Gesamtförderleistung von 347.592 Personen/Stunde stehen 166 Schleplifte, 79 Sessellifte und 30 Kabinenbahnen zur Verfügung. Der Schiverbund hat am Gesamtumsatz der Seilbahnen in Österreich einen Marktanteil von ca 16,3%, die von den Mitgliedern im letzten Geschäftsjahr 2002/03 vereinnahmten Beförderungsentgelte machen 10–15% sämtlicher von österreichischen Seilbahnen vereinnahmten Beförderungsentgelte aus. Grundlage der Zusammenarbeit der einzelnen Betreiber des Schiverbunds ist eine **Kooperations- und Umsatzteilungsvereinbarung**. Gegenstand dieser Vereinbarung ist der gemeinsame Tarifverbund der Vertragspartner, das damit verbundene Gebietsverrechnungs- und Erlösaufteilungssystem sowie die organisatorische Regelung dieser Tatbestände, außerdem ein effizientes Marketing. Die rechtliche Selbständigkeit der Vertragspartner bleibt durch die Vereinbarung unberührt. Die Vereinbarung sieht folgende gemeinsame Organe vor: Mitgliederversammlung, Vorstand, fliegende Kontrolleure und Kontrollausschuss. Tarife sind vom Vorstand mit 2/3 Mehrheit zu beschließen. Die Vertragspartner verpflichten sich, abgesehen von den in einer Vertragsbeilage⁷² angeführten Tarifen, keine wie immer gearteten eigenen Tarife anzubieten oder auszugeben. Der Schipassverkauf ist auf das jeweilige Einzugsgebiet der Vertrags-

69) Dr Karin Wessely ist Rechtsanwältin in Wien und vertrat die AK im erwähnten Fall.

70) In der Folge wurde der Antrag hinsichtlich zweier Antragsgegnerinnen zurück gezogen und auf drei weitere ausgedehnt.

71) Auszüge aus den Feststellungen des Kartellgerichts.

72) Diese wurde dem Kartellgericht allerdings nicht vorgelegt.

partner beschränkt. Bei Verstößen gegen die Vereinbarung kann der Vorstand Vertragsstrafen beschließen. Für die in der gesamten Region des Schiverbunds gültigen Liftkarten werden einheitliche Preise verlangt. Ermäßigungen gibt es für Kinder und Jugendliche. Bei einzelnen Mitgliedern des Schiverbunds sind nach dem Beitritt die Preise für Liftkarten angestiegen und Begünstigungen weggefallen. So ist zB der Preis für eine Tageskarte in der Schiregion „Schladming-Dachstein-Tauern“ von dem ursprünglichen Preis (410,- öS) in der Saison 1999/2000 bis zur Saison 2001/2002 um 6% (auf 435,- öS) gestiegen. Auch fielen in bestimmten Regionen (etwa Hochkönigs Winterreich) Vergünstigungen (wie Seniorenkarten) durch den Beitritt zum Schiverbund weg.

Anträge an das Kartellgericht, sonstige Beteiligte

Die Arbeiterkammer hat daher beim Kartellgericht die Feststellung beantragt, ob und inwieweit der geschilderte Sachverhalt (Absprache von Preisen durch die Mitglieder des Schiverbundes Amadé; Absprache über das örtliche Gebiet, für das die Karten Gültigkeit haben; Verbot der Ausgabe bzw faktisches Nichtangebot von Karten für die Lifte lediglich einzelner Regionen innerhalb des Schiverbundes Amadé) dem KartG unterliegt, insbesondere ob und inwieweit der Tatbestand eines (genehmigungspflichtigen) Kartells erfüllt ist. Die **Bundeswettbewerbsbehörde** hat am 19. Mai 2003 ebenso einen Feststellungsantrag gestellt, in dem sie sich dem Antrag der AK angeschlossen hat. Der **Bundeskartellanwalt** hat sich zwar am Verfahren beteiligt, aber keine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Der **Fachverband für Seilbahnen** hat gegen Ende des Verfahrens eine Stellungnahme abgegeben, welche die Argumentation der Antragsgegnerinnen unterstützen sollte.

Rechtliche Streitfragen im Verfahren

Die Antragsgegnerinnen brachten vor, dass die Mitglieder des Schiverbunds in Konkurrenz mit internationalen Schigebieten stünden. 80% der Gäste des Schiverbunds kämen aus dem Ausland. Bei MehrtagesurlauberInnen stünde der Schiverbund im Wettbewerb mit zahlreichen internationalen Destinationen und hätte auf dem zentraleuropäischen Schitourismusmarkt (gemessen an den Beförderungsumsätzen) mit rund 3,3% einen geringen Anteil. Auf dem Tagesgästemarkt liege der Anteil am örtlichen Teilmarkt unter 25%, wobei hier ein Einzugsradius von 180 km maßgeblich sei. Somit läge ein **Bagatellkartell iSv § 16 KartG** vor. Bei der Berechnung von inländischen Marktanteilen seien auch die inländischen Marktanteile von ausländischen Unternehmen zu berücksichtigen. Man müsse auf den realen geografischen Markt abstellen, der beim Schitourismus größer als Österreich sei. Der zentraleuropäische Tourismusmarkt sei maßgeblich, ein bundesweiter Markt existiere nicht. Die Arbeiterkammer argumentierte mit dem Wortlaut des § 16 Z 1 KartG, wonach ein Bagatellkartell schon dann nicht vorliege, wenn die Beteiligten Österreich weit einen Marktanteil von mehr als 5% haben. Dies sei beim Schiverbund unbestritten der Fall. Zunächst sei also der gesamtösterreichische Markt maßgeblich, unabhängig von den Herkunftsländern der SchitouristInnen. Daneben sei als örtlich relevanter Teilmarkt das Gebiet des Schiverbunds anzusehen, da KonsumentInnen, die in diesem Gebiet wohnen oder nächtigen, der Marktmacht des Schiverbunds nur mit unzumutbarem Aufwand entgehen könnten. In diesem Gebiet habe der Schiverbund einen Marktanteil von nahezu 100%.

Daneben seien nach Ansicht der Antragsgegnerinnen weitere Ausnahmetatbestände des KartG auf den Schiverbund anzuwenden. Da eine Leistung mehrerer Anbieter vorliege, welche zu einem einheitlichen Preis kombiniert würden, greife der Ausnahmetatbestand des **§ 17 Abs 3 Z 3 KartG (Pauschalarrangement)**. Da es sich bei den Mitgliedern im Wesentlichen um Tourismusbetriebe handle, sei die **Länderbereichsausnahme des § 4 Abs 1 KartG** anzuwenden. Die Aktivitäten der Antragsgegnerinnen im Bereich der Freizeitwirtschaft lägen im föderalen System Österreichs in der Kompetenz der Länder. Der Ausnahmetatbestand nach **§ 5 Abs 1 Z 1 KartG** sei anzuwenden, da der Bundesminister für Verkehr gem § 22 Abs 5 EisbG eine behördliche Aufsicht über Seilbahnunternehmen durch Genehmigung von Beförderungsbedingungen wahrnehme. Die Arbeiterkammer war der Ansicht, dass ein

Pauschalarrangement nur dann vorliege, wenn zumindest zwei unterschiedliche Leistungen (wie Beförderung und Übernachtung, deren Anbieter nicht im Wettbewerb stehen) zusammen gefasst werden. Die Länderbereichsausnahme sei schon dann nicht anzuwenden, wenn irgend eine Bundeskompetenz berührt sei, wie es hier beim Eisenbahnrecht und Gewerberecht klar der Fall sei. § 5 Abs 1 Z 1 KartG sei nicht anzuwenden, da der Bundesminister für Verkehr gem § 22 Abs 5 EisbG nur Beförderungsbedingungen von bestimmten Eisenbahnunternehmen genehmigt. Schlepplifte fallen überhaupt nicht unter das EisbG, sondern unter die GewO, für Sessellifte sei der Landeshauptmann und nicht der Bundesminister zuständige Behörde. Daneben seien gem § 22 Abs 5 EisbG nur Beförderungsbedingungen (also AGB von Eisenbahnunternehmen) genehmigungspflichtig, nicht aber Tarife, welche Gegenstand der Vereinbarung der Antragsgegnerinnen sind. Schließlich seien nach Auffassung der Antragsgegnerinnen die Vorschriften der Vereinbarung über die Tarifbildung iS der **Immanenztheorie** funktionsnotwendig für den Hauptzweck der Vereinbarung. Hauptzweck sei die Ausgabe eines Schipasses, der im Gebiet sämtlicher Mitglieder des Schiverbunds genützt werden kann. Die Arbeiterkammer argumentierte, dass schon der tatsächliche Hauptzweck der Vereinbarung (nämlich die Preisabsprache der Antragsgegnerinnen) nicht kartellrechtsneutral sei und die Immanenztheorie daher nicht anwendbar sei.

Kartellgericht gibt der AK Recht

Das Kartellgericht hat am 10. November 2003 den Beschluss gefasst, dass der Schiverbund dem Kartellgesetz unterliegt (siehe Kapitel 5.2.3.). Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Die Arbeiterkammer verlangt nunmehr von den Skiverbänden, ihre Kooperationen beim Kartellgericht umgehend anzuzeigen und durch konsumenten- und familienfreundliche Preisgestaltung die volkswirtschaftliche Rechtfertigung sicherzustellen. Außerdem gilt es den Wettbewerb innerhalb der Mitglieder des Schiverbundes durch differenzierte Preise – insbesondere für Tagesskifahrer – zu fördern. Die Bundeswettbewerbsbehörde wird aufgefordert, aufgrund des von der Arbeiterkammer initiierten Musterverfahrens auch die anderen Schiverbünde einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

4.1.4. Wettbewerb im Fahrschulwesen?

Dorothea Herzele / Richard Ruziczka

Mit dem Thema „Führerschein“ ist fast jede(r) ÖsterreicherIn zumindest einmal im Leben konfrontiert – am stärksten in Erinnerung bleiben oft die mit dieser Ausbildung verbundenen hohen Kosten. Diese hohen Preise für die Führerscheinausbildung, die in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen sind⁷³, weisen auf einen mangelnden Wettbewerb zwischen den Fahrschulen in Österreich hin. Im folgenden soll daher das wettbewerbliche Umfeld der Fahrschulen näher beleuchtet werden.

Steigende Preise trotz schrumpfenden Marktes

Durch das Faktum, dass die Geburtenzahlen in Österreich schon seit Jahren rückläufig sind und dadurch bedingt auch die potentiellen Nachfrager nach der Führerscheinausbildung weniger werden, agieren die Fahrschulen in Österreich auf einem schrumpfenden Markt. Wurden 1997 noch 98.000

73) Dies zeigen ua die im Auftrage der Arbeiterkammer Wien seit 1998 in unregelmäßigen Abständen durchgeführten Preisvergleiche bei Fahrschulen sowie VPI –Teilindex für Fahrschulen.

Führerscheine ausgestellt, so sank diese Zahl bis 2001 auf 87.000 (-11%)⁷⁴. Trotzdem stieg die Anzahl der Fahrschulen in den letzten 12 Jahren um ca ein Drittel an. 2003 gab es in Österreich rund 340 Fahrschulen. Auffallend ist, dass auch die Preise für die Führerscheinausbildung in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegen sind⁷⁵ – im Jahre 2003 zählten die Fahrschulen mit einem Plus von 12,3% sogar zu den „Preistreibern“⁷⁶ (bei einer Jahresinflationsrate von 1,3%). Eine im Auftrag der Arbeiterkammer Wien im Mai 2003 durchgeführte Österreich weite Preiserhebung bei den Fahrschulen ergab, dass die Preise für die PKW-Führerschein-Ausbildung durchschnittlich um 20% gestiegen sind⁷⁷. Anhand dieser Entwicklung lässt sich eine gewisse Strategie der Fahrschulen erkennen. Auf eine sinkende Nachfrage nach der „Führerscheinausbildung“ reagieren sie mit neuen Produkte (wie zB den Führerschein L17) oder mit der Änderung des bisherigen Angebotes (wie zB die Mehrphasenausbildung)⁷⁸. Mit den damit verbundenen Preiserhöhungen versuchen die Fahrschulen ihre Umsatzrückgänge zu kompensieren. So hat die Einführung der Mehrphasenausbildung, die seit 1.1.2003 für die Führerscheinklassen A und B verpflichtend zu absolvieren ist, die Ausbildung um 12,3% verteuert (darin sind die zusätzlichen Kosten durch die vorgeschriebenen zwei Perfektionsfahrten und dem Fahrsicherheitstrainings erst zu 50% berücksichtigt).

Wie können nun derartige Preiserhöhungen am Markt durchgesetzt werden? Die Auswahlmöglichkeiten der potentiellen Führerscheinkandidaten beschränken sich auf die Führerscheinklasse (A, B, C usw) die sie erwerben wollen (davon hängt auch ab, welches gesetzlich vorgeschriebene Ausbildungspaket sie hierfür zu absolvieren haben). Die Ausbildung selbst - die den höchsten Anteil an den Führerscheinkosten ausmacht – ist nur über eine Fahrschule möglich⁷⁹. Einzige Ausnahme: Im Rahmen des Mehrphasenführerscheins kann ein Teil (das Fahrsicherheitstraining) auch bei den Autofahrerclubs absolviert werden⁸⁰. Zwar hat der (die) FahrschülerIn seit Oktober 2002 die Möglichkeit die Ausbildung in jeder Fahrschule in Österreich zu absolvieren, tatsächlich wird sich aber die überwiegende Zahl der SchülerInnen für eine Fahrschule in der Nähe des Wohn-, Arbeits- oder Ausbildungsortes entscheiden, um zusätzliche Kosten zu sparen. Dh der Wettbewerb zwischen den einzelnen Fahrschulen findet auf regionaler Ebene statt – in den meisten Fällen innerhalb von Bezirksgrenzen. Durch die empirischen Untersuchungen der Arbeiterkammer zu der Entwicklung der Preise bei der Führerscheinausbildung wurde folgender Zusammenhang nachgewiesen: Dort, wo die Fahrschüler zwischen vielen Fahrschulen auswählen können (zB in Wien) gibt es ein niedriges Preisniveau und eine (relativ) hohe Preisdifferenz. Dort, wo die Fahrschüler eine geringere Auswahl zwischen den Fahrschulen haben - wie zB in Bundesländern, die aufgrund ihrer Topographie abgeschlossene Regionen haben (Vorarlberg und zT Tirol) oder in Bezirken, die über ein großes Einzugsgebiet verfügen, in den es nur relativ wenige Fahrschulen gibt („Platzhirsche“) – gibt es ein hohes Preisniveau bei einer zum Teil (relativ) geringen Preisdifferenz. Derartige empirische Ergebnisse (hohe Preise, niedrige Preisdifferenzen) sind starke Indizien für einen geringen Wettbewerb zwischen den Fahrschulen in diesen Regionen. Für eine schwache Wettbewerbsintensität im Bereich der Fahrschule spricht auch die Intransparenz bei den Preisen: Die empirischen Untersuchungen haben ergeben, dass zwar die meisten Fahrschulen im Internet vertreten sind, auf dem überwiegenden Teil der Homepages finden sich allerdings keine Angaben zum Preis.

74) Diese Zahlen beruhen auf Schätzungen des Marktforschungsunternehmens Kreuzer, Fischer&Partner, vgl dazu auch: Fahrschulen, in: Die Wirtschaft, 9/2002, S 6.

75) Der Teilindex Fahrschulen im VPI wies für 2001 ein Plus von 1,7% aus, für 2002 eines von +4,5%.

76) http://www.statistik.at/cgi-bin/presstext.pl?INDEX=2004017_txt.

77) Vgl: Führerscheinausbildung – AK Wien kritisiert Verteuerung, APA vom 8.7.2003

78) Vgl: <http://www.help.gv.at> (Führerschein)

79) Vgl: § 108 Kräftefahrergesetz (KFG)

80) Bei der Mehrphasenausbildung hat der Führerscheinkandidat rund drei Monate nach dem Führerscheinwerb die erste Perfektionsfahrt (in einer Fahrschule) zu absolvieren, nach weiteren drei Monaten ein Fahrsicherheitstraining (Autofahrerclubs oder Fahrschule) und nach weiteren drei Monaten die zweite Perfektionsfahrt (in einer Fahrschule).

Der wird meist erst dann bekannt gegeben, wenn sich der (die) FahrschülerIn bei der Fahrschule anmeldet. Für Jugendliche, die ihre Informationen erfahrungsgemäß hauptsächlich über das Internet beziehen, ist es daher kaum möglich sich einen entsprechenden Marktüberblick zu schaffen.

Beschränkung des Wettbewerbs durch Gesetze

Wie im Folgenden gezeigt wird, finden sich aber die überwiegenden Wettbewerbsschranken in den einzelnen Gesetzen rund um die Fahrschule. Im Kraftfahrrecht wurden seit Aufhebung der Bedarfsprüfung als Voraussetzung für eine Erteilung einer Fahrschulbewilligung durch Erkenntnis des VfGH im Jahre 1988 vom Gesetzgeber immer wieder Ersatzregelungen geschaffen, um den Marktzugang für neue Unternehmen zu erschweren. Zu diesem Zweck wurden ua seit 1989 die persönlichen Zugangsvoraussetzungen für die Fahrschulbewilligung, die Bestimmungen über die Abhaltung von Außenkursen und die Leitung einer Fahrschule in die Richtung geändert, dass Fahrschulen auf einem weitgehend geschützten Markt agieren können. Dies führt zu ungenügendem Wettbewerb, zu hohen Ausbildungskosten, zu mangelnder Markttransparenz und lässt auch Fragen hinsichtlich der Ausbildungsqualität zu, wenn man sich Verkehrsunfallbilanzen im europäischen Vergleich ansieht⁸¹.

Insbesondere die so genannten „gewerberechtlichen“ Bestimmungen (wie zB das Witwen- und Waisenfortbetriebsrecht, die Beschränkung der Bewilligung nur auf „natürliche Personen“, die Vertrauenswürdigkeit, Leistungsfähigkeit, das Diplom der Fakultät Maschinenbau oder für Elektrotechnik einer österreichischen technischen Universität oder Reifeprüfung an einer HTL mit Maschinen- oder elektrotechnischer Richtung) sind zum Teil extrem wettbewerbsfeindlich. Weiters hat man die bis 1988 bestehende Möglichkeit, sich gänzlich privat (ohne Fahrschule) die nötigen Kenntnisse zu erwerben und dann die behördliche Führerscheinprüfung abzulegen, abgeschafft; 1989 wurde ein Mindestobligatorium der Ausbildung in der Fahrschule eingeführt. Bis heute wird seitens der Fahrschullobby versucht, auch die Reste der privaten Ausbildung zu beseitigen. Während in allen anderen Wirtschaftszweigen in Österreich großer Wert auf Liberalisierung gelegt wird, findet im Fahrschulwesen genau das Gegenteil statt: Erst kürzlich wurden die Marktzugangsvoraussetzungen für neue Bewerber u a durch Absolvierung eines 160stündigen Unternehmerseminars oder die Verpflichtung zur Angabe des Familiennamens in der Fahrschulbezeichnung neuerlich verschärft.

Forderungen der Arbeiterkammer

Die Arbeiterkammer hat wiederholt gefordert, gesetzliche Regelungen zu treffen, die einerseits im Interesse der Konsumenten den Wettbewerb unter den Fahrschulen ermöglichen, andererseits das hohe österreichische Ausbildungsniveau keinesfalls beeinträchtigen. So wird verlangt, dass die Voraussetzungen zum Betrieb einer Fahrschule neu, klar und deutlich, sowie für jedermann objektiv erreichbar definiert werden müssen. In Analogie zu Gelegenheitsverkehrs- oder Güterbeförderungsgesetz sind Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit, fachliche Eignung festzulegen. Auch juristische Personen sollen eine Fahrschulbewilligung bekommen können. Gleiches gilt für die persönlichen und sachliche Voraussetzungen für eine Fahrschulbewilligung. Das oben angeführte Diplom alleine gewährleistet heute nicht mehr die Qualität der Fahrschule. Auch hier sollte eine Erleichterung des Zugangs herbeigeführt werden; Hauptschulabschluss und Berufslehre genügen um Fahrlehrer zu werden bzw eine Fahrschulbewilligung zu bekommen.

Es sind die Informationspflichten der Fahrschulen über Preise und Leistungen neu zu regeln, um den Konsumenten Preis- Leistungsvergleiche zu ermöglichen. Selbst wenn der (die) KonsumentIn nicht nur

81) Vgl: Dazu: http://europa.eu.int/comm/dgs/energy_transport/figures/pocketbook/doc/tran_safety_2003.pdf

auf das Angebot einer Fahrschule angewiesen ist, sondern zwischen mehreren auswählen kann, ist für ihn ein Preisvergleich derzeit kaum möglich: Die angebotenen Ausbildungspreise der einzelnen Fahrschulen beinhalten die unterschiedlichsten Leistungen. Es sollen daher Grundsatzbestimmungen zur Festlegung von Musterbedingungen, in denen die Basisleistungen angeführt werden, im Gesetz geregelt werden.

4.2. Aktivitäten auf europäischer Ebene

4.2.1. 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 Entpflichtungs-Leistungen (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 Gewerbe-Sammlung; 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 €, das sind rund 15% des Umsatzes der Entsorgungswirtschaft. Die Kosten der Haushaltssammlung machen 25% der Kosten der Abfallwirtschaft für KonsumentInnen 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 sowie 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 2002 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 und sowie andere wettbewerbsbehindernden 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.

Ende 2003 hat die Kommission nun die lange erwartete Freistellungsentscheidung⁸² gefällt, die Bemerkenswerterweise auch Vorgaben zur wettbewerbskonformen Auslegung der VerpackVO enthält⁸³. So muss der Quotennachweis gemäß der VerpackVO im Falle der Mitbenutzung der ARA-Haushaltssammlung durch Mitbewerber auch über die Erfassung von Mengenäquivalenten zulässig sein⁸⁴. Die Arbeiterkammer hatte ein Auskunftsersuchen an Österreich angeregt; die Stellungnahme Österreichs vom 15. Jänner 2003 hat dann eine sehr restriktive Haltung in dieser Frage offenbart, insbesondere zusätzliche Sortierschritte für Mitbewerber in Aussicht gestellt. In der Sache selber hat sich die Kommission nicht alleine mit den von ARA/ArgeV/ARO gemachten Zusagen⁸⁵ zufrieden gegeben, sondern noch Auflagen mit dem Ziel erlassen, konkurrierenden Systemen im Haushaltsbereich das Tätigwerden auch tatsächlich zu ermöglichen. Bemerkenswert ist weiters, dass ARA nun auf die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel in den Entsorgerverträgen doch verzichtet, die der OGH⁸⁶ nicht als marktmachtmissbräuchliches Verhalten angesehen hatte. Insbesondere die Auflagen der Kommission⁸⁷ sind nun dem Vernehmen nach auch Gegenstand einer Beschwerde von ARA/ArgeV/ARO an den EuGH geworden. Diese wurde aber bis dato nicht veröffentlicht. Die zusätzliche Verhängung von Auflagen ist aus Sicht der Arbeiterkammer für einen effektiven Wettbewerb im Haushaltsbereich unerlässlich. Ob diese hinreichend sind, wird noch zu prüfen sein, ist aber fraglich, da die Entscheidung ausdrücklich das ARA-Tarifblatt und andere Fragen, insb Vorwürfe marktmisbräuchlichen Verhaltens (Art 82 EGV) ausgeklammert hat. Hinsichtlich der offen gebliebenen Punkte beabsichtigt die Arbeiterkammer die österreichischen Wettbewerbsbehörden zu befassen, um einen zügigen Abschluss des österreichischen Verfahrens zu erreichen. Einige Fragen sollen auch Gegenstand der nächsten Novelle der VerpackVO werden. So müssen die prohibitiv hohen Mengenschwellen für das Großanfallsstellenprinzip abgesenkt werden, um den verpflichteten Inverkehrsetzern die Selbsterfüllung (systemfreier Raum) zu erleichtern.

82) Entscheidung der Kommission vom 16. Oktober 2003 im Verfahren nach Art 81 EG-V und Art 53 EWR-Abkommen (COMP D3/35470 - ARA, COMP D3/35473 – ARGEV, ARO) [K(2003) 3703 endg].

83) Vergleiche die Rz 44 bis 46 sowie 300 bis 309.

84) „Ferner wäre eine Mitbenutzungsaufgabe bei einem Quotennachweis nur über die konkret am System teilnehmenden Verpackungen nicht praktikabel. Dieser Grundsatz kann daher nicht Gegenstand der Auflage werden. Stattdessen ist davon auszugehen, dass die gesammelten Mengen je Materialfraktion im Verhältnis zu den lizenzierten Mengen je Materialfraktion (FN Eine weitere Unterteilung nach bestimmten Verpackungstypen innerhalb einer Materialfraktion wäre denkbar, sofern diese bei Lizenzierung sowie Sammlung und/oder Sortierung getrennt behandelt werden) zwischen den Systemen aufgeteilt werden. Zusätzliche Analyse- und Sortierschritte sind dann nicht erforderlich ...“ (Rz 308).

85) Auflassung der Meistbegünstigungsklausel, Grüner Punkt auch für Konkurrenten, Mitbenutzung des ARA-Haushaltssystems gegen Abgeltung der Sortierkosten, fünf Jahre max Laufzeit der Entsorgungsverträge (Rz 139).

86) Entscheidung 16Ok8/00 vom 9. Oktober 2000.

87) Befristung bis 31. Dezember 2006; vorbehaltlose Gestattung der Mitbenutzung des ARA-Haushaltssystems durch Mitbewerber; ArgeV darf sich von Entsorgern nur diejenigen Erfassungsmengen nachweisen lassen, die seinem Anteil an der insgesamt lizenzierten Menge je Fraktion entsprechen.

4.2.2. Freie Berufe im Lichte der Wettbewerbspolitik

Dorothea Herzele / Ulrike Ginner

Nach der Veröffentlichung einer umfangreichen Studie des Institutes für Höhere Studien (IHS) über die Regulierung der Freien Berufe in den EU-Mitgliedstaaten sowie deren wirtschaftlichen Auswirkungen⁸⁸ und den darauf folgenden, europäischen Konsultationsprozess, veranstaltete die EU-Kommission am 28. Oktober 2003 eine Konferenz zu diesem Thema⁸⁹.

Konferenz über die Regulierung der Freien Berufe

Auf der Konferenz in Brüssel berichteten VertreterInnen der verschiedenen Interessengruppierungen aus den EU-Mitgliedsstaaten einerseits über ihre Erfahrungen mit De-Regulierungsmaßnahmen im Bereich der Freien Berufe (insbesondere die VertreterInnen der nordischen Staaten und Großbritannien). Andererseits verteidigten vor allem die Standesvertreter der Freien Berufe die Notwendigkeit von bestehenden Regulierungen. Zu Wort kamen aber auch Verbraucherorganisationen, die Arbeiterkammer⁹⁰ sowie VertreterInnen nationaler Wettbewerbsbehörden. Die Vertreterin der Arbeiterkammer hat in ihrem Referat⁹¹ insbesondere auf die negativen Auswirkungen von Überregulierungen auf KonsumentInnen und ArbeitnehmerInnen hingewiesen. Märkte brauchen zwar "Spielregeln", die die Rechtssicherheit und das Vertrauen der KonsumentInnen stärken. Gleichzeitig muss aber gewährleistet werden, dass diese Regeln dem Gemeinwohl dienen, dass heißt also, Wohlfahrtsgewinne müssen an alle MarktteilnehmerInnen gleichermaßen verteilt werden und nicht nur an eine bestimmte (kleine) Gruppe. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gesehen, stuft die Arbeiterkammer bei den Freien Berufen vor allem Regelungen bezüglich der Vorbehaltsaufgaben, der Preise, der Werbebeschränkungen sowie Beschränkungen der Zusammenarbeit verschiedener (freier und/oder gewerblicher) Berufe als besonders schädlich ein. Kritisch werden auch die überlangen Ausbildungs- und Praxiszeiten sowie ein Mangel an alternativen Ausbildungswegen gesehen. Eine Öffnung des Marktzuganges würde zu einer Verbesserung der Berufschancen für junge Praktiker und Absolventen führen und damit auch positive Beschäftigungseffekte bewirken.

Ausblick der EU-Wettbewerbskommission

Wettbewerbskommissar Mario Monti betonte in seiner Abschlussrede zur Konferenz die Notwendigkeit von Reformen im Bereich der Freien Berufe, um sich den Zielsetzungen von Lissabon anzunähern, nämlich die Europäische Union bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Monti unterstrich die wirtschaftliche Bedeutung der Freien Berufe anhand eines Beispiels: Die Kosten für die Inanspruchnahme freiberuflicher Tätigkeiten im höchst regulierten Mitgliedstaat Italien betragen bis zu 9% an den Unternehmenskosten. Diese hohen Kosten wirken sich natürlich auch auf nachgelagerten Stufen in der Wertschöpfungskette aus und finden sich schlussend-

88) Ian Paterson, Marcel Fink and Antony Ogus: Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, Regulation of Professional Services, Study for the European Commission, DG Competition, Wien, IHS 2003.

89) Vgl: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/libprofconference.html>

90) Die Position der Arbeiterkammer wird ausführlich dargestellt in: Fusionen und Übernahmen Teil 2 Wettbewerbsbericht der AK Wien 2002, S 40 ff

91) Vgl: http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/speeches/dorothea_herzele.pdf

lich in den Produktpreisen wieder. Als besonders wettbewerbsschädlich stuft Monti fixe also nicht verhandelbare Preise und Werbebeschränkungen ein und verweist in diesem Zusammenhang auf die bereits erfolgten Liberalisierungsschritte in den USA: Dort wurden besonders restriktive Regelungen, wie Mindest-, Höchst- sowie unverbindliche Preise aufgehoben. Weitere konkrete De-Regulierungsmaßnahmen sind bereits in Vorbereitung (zB Aufhebung von Werbebeschränkungen sowie Beschränkungen der interdisziplinären Zusammenarbeit).

Monti wies auf die Möglichkeit der EU-Kommission hin, Vereinbarungen (wie zB Standesregeln) als auch gesetzliche Regelungen einzelnen Mitgliedstaaten auf ihre Konformität mit dem EU Wettbewerbsrecht zu überprüfen und gegebenenfalls ein Verfahren vor dem EuGH einzuleiten. In diesem Zusammenhang verweist er auf die wegweisenden Entscheidungen in den Fällen *Arduino*⁹² sowie *Consortio Industrie Fiammiferi (CIF)*⁹³. Im Urteil in der Rechtssache *Arduino* bestätigt der Europäische Gerichtshof (EuGH), dass ein Mitgliedstaat gegen seine Loyalitätspflicht aus Artikel 10 EG-Vertrag verstößt, wenn er gegen Artikel 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert. In der Rechtssache *CIF* hat der EuGH entschieden, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde die Pflicht hat, staatliche Rechtsvorschriften dann nicht anzuwenden, wenn diese Vorschrift Unternehmen ein Verhalten vorschreibt oder erleichtert (zB Preisabsprachen oder Marktaufteilung), das Artikel 81 EG-Vertrag widerspricht. Diesem Urteil kommt besondere Bedeutung zu, da es das Recht der nationalen Wettbewerbsbehörden stärkt, auch dann einzuschreiten, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen auf nationalen Gesetzen beruhen.

Monti kündigte an, Anfang 2004 eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung der Freien Berufe vorzunehmen, die als Grundlage für weitere Schritte dienen soll. Insbesondere wird überprüft, ob die nationalen gesetzlichen und standesrechtlichen Regelungen mit dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar sind (in diesem Zusammenhang verweist er auf die EuGH-Entscheidungen *Arduino* und *Wouters*⁹⁴). Hierbei muss jedenfalls die Aufrechterhaltung notwendiger Schutzbestimmungen für Konsumenten sichergestellt bleiben. Daher fordert Monti die VertreterInnen der Freien Berufe auf, ihre Regelungen auch selbst zu überprüfen. In die gesamten Aktivitäten soll auch das Europäische Parlament eingebunden werden.

Resümee der Arbeiterkammer

Die Arbeiterkammer begrüßt die Initiative der EU-Wettbewerbskommission. Vor allem deshalb, weil Österreich im Bereich der Freien Berufe zu einem der höchst regulierten Mitgliedstaaten zählt. Wie bereits ausgeführt, schadet eine zu hohe Regulierungsdichte der wirtschaftlichen Effizienz und der Produktivität und wirkt sich in vielen Bereichen auch negativ auf die Interessen der KonsumentInnen und der ArbeitnehmerInnen aus. Von Liberalisierungsmaßnahmen erwartet sich die Bundesarbeitskammer vor allem eine bessere Auswahlmöglichkeit bei den Dienstleistungen der Freien Berufe, eine Senkung der Preise, eine höhere Transparenz im Hinblick auf das Dienstleistungsangebot, die Auswahl und die Preise durch mehr Information sowie eine allgemeine Verbesserung der Berufschancen.

92) Urteil des Gerichtshofes vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-35/99 Manuele Arduino, Beteiligte: Diego Dessi, G Bertolotto und Compagnia Assicuratrice RAS SpA

93) Urteil des Gerichtshofes vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-198/01 Consortio Industrie Fiammiferi (CIF) gegen Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

94) Urteil des Gerichtshofes vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-309/99 J C J Wouters, J W Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten

4.3. Aktivitäten im Bereich des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb

4.3.1. OGH-Entscheidungen bezüglich der Wettbewerbswidrigkeit im Zusammenhang mit dem Einsatz von Mehrwert-Telefonnummern bei Gewinnspielen

Ulrike Ginner

Jackpot-Entscheidung

Im Frühjahr 2002 versendete ein Unternehmen, welches in der Vergangenheit als Versandhandelsunternehmen fungierte, schließlich aber dazu übergegangen war ausschließlich kommerzielle Gewinnspiele durchzuführen, Gewinnankündigungen in folgender Aufmachung.

In Anlehnung an ein Werbesymbol der österreichischen Lotterien, nämlich unter Abbildung eines fröhlichen Schweinchens und dem Hinweis „Jackpot! Jackpot!“, wird dem Adressaten folgendes mitgeteilt:

„Ja, Frau Mustermann, Sie haben richtig gelesen: Jackpot ist angesagt! Prall gefüllt mit druckfrischen € 62.500,-- Was für eine Freude, was für eine Unmenge Geld! Los, los Frau Mustermann, auf, auf zum fröhlichen Jackpot jagen!... Auf was warten Sie noch? Schnappen Sie nach Ihrem Anteil! Keine Angst! Sie müssen keine Briefe mehr aufgeben. Unsere Adresse kennen Sie ja ... Sie können jetzt einfach unsere neu eingerichtete Servicenummer anrufen, um sich Ihren Jackpot-Anteil zu sichern. Leichter, schneller und bequemer geht es nicht mehr.“

Für diesen Anruf wurde vom Gewinnspielbetreiber eine Mehrwertnummer eingerichtet, deren Kosten sich auf 3,64 €/min beliefen. Auf der Innenseite des Kuverts, in welchem die Aufforderungsschreiben versendet werden, fanden sich die „rechtlich geprüften Teilnahmebedingungen“, nach denen alle angegebenen Bargeld-Gewinne aufgeteilt zur Auszahlung gelangen, wobei der Anteil jedes Teilnehmers durch die Häufigkeit der eingegangenen Meldungen bestimmt und Gewinne unter 5,- € aus Kostengründen nicht ausbezahlt, sondern als Jackpot der nächsten Ziehung zugeführt werden. Die Anrufe bei dieser Mehrwert-Telefonnummer werden über ein Tonband abgewickelt. Die Arbeiterkammer hat ein derartiges Gespräch aufgezeichnet:

„Guten Tag, ja hier ist Ihre Jackpot-Time(?)-Hotline von Friedrich Müller. Na Gott sei Dank melden Sie sich bei uns. Ich dachte schon Sie würden auf Ihren Anteil an 62.500,- € vorweg schon verzichten. Also das hätte mich dann wirklich sehr verwundert. Nun, dem ist ja nicht so, denn Sie haben ja die äußerst weise Entscheidung getroffen und sich sofort bei uns gemeldet. Ich darf Sie beruhigen, jetzt kann ihrem Gewinnanteil fast nichts mehr passieren. Aber schon in wenigen Tagen, exakt ab dem 15. Mai, wäre es dann zu spät gewesen. Da ist der Ofen dann endgültig aus. Und stellen Sie sich vor, dann wäre Ihr bereits garantierter Anteilsgewinn an der unglaublichen Riesensumme von 62.500,- € gnaden-

los verfallen. Eine wahrhaft schreckliche Vorstellung, denn wissen Sie was mit ihrem Gewinnanteil passiert wäre? Dann würde er an jemand anderen verteilt werden. So kann das Leben spielen, puh, also noch mal Glück gehabt. Sie befinden sich nun auf der sicheren Seite. Herzlichen Glückwunsch! Fordern Sie sofort Ihren Gewinnanteil an den 62.500,- € an. Hierzu benötigen wir Ihren vollständigen Namen und ihre Adresse. Bitte sagen Sie jetzt gleich nach dem Signalton zuerst nur Ihren Vornamen. ... und jetzt nach dem Signalton Ihren Familiennamen. ... jetzt bitte nach dem Signalton nur Ihre Wohnstraße. ... und jetzt nach dem Signalton nur Ihre Hausnummer ... jetzt nach dem Signalton nur Ihre Postleitzahl ... und zuletzt noch nach dem Signalton Ihren Ort ...

Perfekt, wir haben alles genau erfasst. Damit nichts schief gehen kann, geben sie uns bitte noch für die rasche Zuordnung Ihre 8-stellige Gewinnnummer bekannt. Diese finden Sie ebenfalls auf dem Ihnen zugeleiteten Brief im großen, roten Balken neben dem roten Telefon, bei: Ihre persönliche Gewinnnummer lautet: vorher muss ich aber noch kurz nachschauen, ob Ihr Telefon Zifferndaten ordnungsgemäß übertragen kann. Sie müssen nur nach dem Signalton ganz einfach auf Ihrem Tastentelefon die Taste 7 drücken, ja, nur die 7. Bitte drücken Sie jetzt gleich nach dem Signalton. ... Sie haben das wirklich ausgezeichnet gemacht. Ich weiß jetzt bescheid. Nun geht alles ganz einfach. Drücken Sie bitte einzeln die Zahlen von links nach rechts, immer die einzelnen Ziffern, also zB 1469 usw. Drücken Sie bitte Ihre Gewinnnummer jetzt nach dem Signalton. ... Ich habe die 8 Ziffern Ihrer Gewinnnummer soeben erhalten. Zur Sicherheit lese ich sie nochmals vor, damit nicht irgend etwas falsch ist: Bitte vergleichen Sie ganz genau, denn schließlich geht es um viel Geld. Ich habe wie folgt verstanden: 10348288. Ist das Ihre ganz persönliche 8-stellige Gewinnnummer? Ist alles ganz richtig? Dann sagen Sie bitte nach dem Signalton: Ja. Stimmt die Nummer nicht, dann sagen Sie bitte: Nein und wiederholen die Nummer anschließend gleich noch einmal. ... JA! ... Perfekt, während Ihre persönlichen Daten nun vertraulich überprüft werden, damit nicht irgend jemand anderer unberechtigterweise Ihren Anteil einstreift, geben Sie uns jetzt schon bekannt wie Sie im Auszahlungsfall Ihren Anteil haben möchten: In bar, per Boten, per Postanweisung oder per Scheck. Bitte drücken Sie uns gleich nach dem Signalton Ihre gewählte Gewinnauszahlungsform. Also drücken Sie die 1 für bar, die 2 für den Geldboten, die 3 für eine Postanweisung und die 4 für einen Scheck. Bitte wählen Sie jetzt: ... wunderbar! (?) geht's nicht. Jetzt haben Sie Ihre Anforderung vollständig abgegeben. Mehr können wir im Moment leider nicht mehr tun. Haben Sie noch ein paar wenige Tage geduld. Bis zum Tag des Meldeschlusses. Keine Angst, dies ist wirklich keine halbe Ewigkeit. Bereits am 14. Mai 2002, 00:00 Uhr, ist Meldeschluss. Und dann steht zu 100% fest wie groß Ihr Anteil an den 62.500,- € ist. Seien Sie versichert, wir drücken Ihnen ganz fest die Daumen, das gerade Ihr Anteil riesengroß ist. Somit bitte noch um etwas Geduld, aber bitte seien Sie nicht zu nervös. Es wird schon alles gut gehen. Im Auszahlungsfall erhalten Sie dann bis spätestens 21. Mai 2002 Ihr Geld so wie Sie es schon heute angegeben haben. Bis dahin alles Gute für Sie und Ihre Familie und nochmals vielen herzlichen Dank für Ihren Anruf. Wenn Sie uns noch etwas mitteilen möchten, so haben Sie selbstverständlich gleich anschließend nach dem Signalton Gelegenheit hierzu. Ihr Anliegen wird an unsere Kundendienstabteilung umgehend weitergeleitet. Vielen herzlichen Dank für Ihren Anruf und liebe Grüße. Ihr Jackpot-time(?) -Team von Friedrich Müller.“

Die Dauer dieses Telefongesprächs hat rund 4 Minuten in Anspruch genommen, sodass für den einzelnen Konsumenten Kosten in Höhe von ca 15,- € entstehen. Aber auch am Ende des Tonbandgesprächs wird nicht bekannt gegeben, ob und wie viel der Anrufer gewonnen hat. Die Arbeiterkammer brachte aufgrund dieses Sachverhaltes eine UWG-Klage ein und beantragte auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Der OGH⁹⁵ bestätigte im Provisorialverfahren die Entscheidungen der Vorinstanzen, dass die angesprochenen Verkehrskreise aufgrund der Gestaltung der Ankündigung eher die Telefonvariante in Anspruch nehmen werden, da eine Adresse zur schriftlichen Teilnahme am Gewinnspiel – im Gegensatz zur blickfangartig herausgestellten Telefonnummer – in der Ankündigung selbst nicht leicht auffindbar ist. Auch werden die Konsumenten über die Kosten der Teilnahme durch eine unübliche und unvorhersehbar lange Dauer getäuscht.

Ebenso setzte der OGH seine ständige Spruchpraxis zu irreführenden Gewinnspielen fort⁹⁶ und beurteilte auch das Verfahrensgegenständliche als irreführend gem § 2 UWG, da die Ankündigung des Gewinnspiels den unrichtigen Eindruck erwecke, einen erheblichen Geldbetrag oder einen erheblichen Anteil daran gewinnen zu können, obwohl in Wahrheit der in Aussicht gestellt Geldbetrag unter allen Teilnehmern gleichmäßig aufgeteilt wird und Einzelgewinne unter einer bestimmten Mindestsumme nicht zur Ausschüttung gelangen. Dem Einwand der beklagten Partei, dass ein Jackpot grundsätzlich unter allen Gewinnberechtigten aufgeteilt wird, hielt der OGH entgegen, dass die Ankündigung die Vorstellung erweckt, der Jackpot werde unter einigen wenigen Gewinnern (zu denen auch die angesprochenen Adressaten zählen) verteilt. Dass der Jackpot unter sämtlichen Teilnehmern aufgeteilt wird, wodurch mit größter Wahrscheinlichkeit nur ein (nicht mehr zur Auszahlung gelangender) Kleinstgewinn zu erzielen ist, darauf wird aber nur an einer kaum auffindbaren Stelle (nämlich der Innenseite eines Kuverts) hingewiesen.

Einsatz von Mehrwert-Telefonnummern bei Gewinnspielen als Verstoß gegen das Glücksspielgesetz (GSpG)

Eine fast zeitgleich erlassene Entscheidung des OGH erging in einem nicht von der Arbeiterkammer initiierten UWG-Verfahren. Unabhängig von der Dauer eines derartigen Telefongespräches kann sich der Einsatz von Gewinnspielen über Mehrwertnummer als Verstoß gegen das GSpG darstellen. Gem § 1 Abs 1 GSpG sind Glücksspiele Spiele, bei denen Gewinn oder Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt, wobei gem § 3 GSpG die Durchführung entgeltlicher Glücksspiele dem Bund vorbehalten ist. Bei einem Verbindungsentgelt, das nach Anwählen einer Mehrwert-Telefonnummer zwecks Teilnahme an einem Gewinnspiel anfällt, und das nur zu einem kleinen Teil zur Deckung der Dienstleistung des in Anspruch genommenen Telekommunikationsunternehmens dient, während es zum größeren Teil dem Veranstalter des Gewinnspiels zufließt, handelt es sich um eine vermögenswerte Leistung iSd § 2 Abs 1 GSpG⁹⁷.

95) OGH vom 25. März 2003, 4 Ob 54/02z „Jackpot“.

96) OGH vom 23. Februar 1993, 4 Ob 90/92 „Kurfürst’s Telefonkarten-Gewinn“ und OGH vom 28. März 1995, 4 Ob 23/95

97) OGH vom 18. Februar 2003, 4 Ob 5/03v

4.3.2. OGH - Mehr Transparenz für Versandhandelskunden

Ulrike Ginner

Das Versandhandelsunternehmen 3 *** Versand versandte Mitte Jänner 2003 zusammen mit dem Frühjahrs katalog 2003 einen persönlich adressierten Bestellbogen sowie einen Bestellschein samt Geschenkanforderung. Auf beiden war der Absender „3 *** 5400 Hallein“ vermerkt. Auf der letzten Seite des Bestellkatalogs befanden sich zwei Reserve-Bestellkarten mit dem Vordruck der Zustelladresse 3 *** Versand, Postfach 126, 5400 Hallein sowie Hinweise auf die Rechtsform, Sitz und Firmenbuchnummer. Die nach einer Bestellung zugesandte Rechnung enthielt zusätzlich auch noch eine Telefonnummer.

Im Rahmen ihres Versandhandels veranstaltet das Unternehmen auch regelmäßig Gewinnspiele bzw. Geschenkverteilungen. Zu diesem Zweck war der Sendung ein eigener Prospekt beigelegt, welcher lautet: *„Vielleicht irre ich mich, aber ich denke, Sie haben bis heute noch nicht Ihr Gratis Geschenk angefordert! Es ist ein Geschenk der großen Marke Tefal. Sie haben keine Zeit mehr zu verlieren! Ohne Nachricht von Ihnen innerhalb der nächsten 15 Tage wird Ihr Geschenk an einen anderen Kunden vergeben. Machen Sie schnell!“* Auf der Rückseite dieser Verständigung wird angekündigt *„Es ist wirklich wahr: eines dieser Geschenke von Tefal gehört schon Ihnen!“* Darunter sind die zu verteilenden Geschenke abgebildet. Dabei handelt es sich um vier verschiedene Küchengeräte der Firma Tefal - eine Friteuse, ein Edelstahl-Schnellkochtopf, eine Küchenmaschine und ein Raclette-Grill.

Der Sendung war noch ein Rezeptblatt beigelegt, auf dessen Rückseite die „Teilnahmebedingungen“ zu finden waren. Der Text war in hellgrauer, dünner und sich vom Untergrund kaum abhebender, somit fast unleserlicher Schrift wiedergegeben. Die einzelnen Punkte der Teilnahmebedingungen waren ohne Absätze aneinandergereiht, wobei eine Blockschrift mit engem Zeilenabstand verwendet wurde, sodass die Bedingungen kaum lesbar waren. Hierin wird erklärt, dass alle Geschenke je einmal vergeben würden und zwar an jene Kunden, die zwischen Januar und Juli 2002 am häufigsten bestellt hätten. Alle anderen Kunden erhielten eine Schürze von Tefal, solange der Vorrat reiche, danach eine gleichwertige Ersatzlieferung. Die Bundesarbeitskammer brachte daraufhin im April 2003 eine Unterlassungsklage ein und beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gestützt wurde das Begehren auf folgende Wettbewerbswidrigkeiten: Die irreführende Gewinnspielwerbung verstößt gegen § 2 UWG und die mangelnde Adressangabe verstößt gegen § 5c KSchG und somit liegt auch Rechtsbruch gem § 1 UWG vor. Hilfsweise wurde dieser Gesetzesverstoß auch als Verbandsklagensanspruch gem § 28a KSchG geführt.

Das LG Salzburg⁹⁸ bestätigte den Unterlassungsanspruch nach § 2 UWG, wies allerdings den Antrag bezüglich der fehlenden Adressangabe ab. Es führte aus, dass für die Beurteilung der Irreführungseignung grundsätzlich der gesamte Text der Ankündigung und nicht einzelne Teile maßgeblich sind, wobei der Gesamteindruck entscheidend ist. Dieser Gesamteindruck kann durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, bereits entscheidend geprägt werden. Für die Täuschungsfähigkeit ist jedenfalls grundsätzlich von einem mit durchschnittlicher Intelligenz, Sachkunde und Aufmerksamkeit ausgestatteten Leser auszugehen. Die „Branchenüblichkeit“ gewisser

98) LG Salzburg vom 16.5.2003, 9 Cg 88/03x, nicht veröffentlicht.

übertreibender Ankündigungen schließt einen Verstoß nach § 2 UWG nicht aus. Die Abbildung der Teilnahmebedingungen auf der Rückseite der Rezeptvorschläge vermögen diesen Eindruck weder richtig zustellen noch zu relativieren.

Eine Verletzung der in § 5 c Abs 1 Z 1 KSchG normierten Informationspflicht liege aber nicht vor. Der Ministerialentwurf zum Fernabsatz-Gesetz sah vor, dass Name (Firma) und Anschrift des Unternehmens dem Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung bekannt gegeben werden müssen. Die Regierungsvorlage spricht dagegen in Abänderung des Ministerialentwurfes von einer „ladungsfähigen“ Anschrift. Die Erläuterungen nehmen aber auf diese Änderung keinen Bezug⁹⁹. Das Erstgericht meinte weiters, dass durch die Angabe der Firmenbezeichnung, des Postfaches und des Ortes samt Postleitzahl sowie der Firmenbuch- als auch der Telefonnummer keinesfalls angenommen werden könne, dass die beklagte Partei ihre Kunden in Unkenntnis über ihre Identität ließ. Aber auch dem Erfordernis der Angabe einer (ladungsfähigen) Anschrift wurde durch die bezeichneten Angaben Genüge getan, zumal einerseits sämtliche Poststücke, so auch etwaige Beanstandungen, über das angegebene Postfach zur beklagten Partei gelangen. Es käme einer völligen Überspannung der statuierten Informationspflichten gleich, würde man im gegenständlichen Fall von einem Verstoß nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG ausgehen.

Beiden Rekursen an das OLG Linz¹⁰⁰ wurde nicht Folge gegeben. Zur Irreführungseignung der Gewinnspielankündigung stellte das Gericht fest, dass nach ständiger Rechtsprechung die Bedeutung einer Werbeanündigung davon abhängt, wie sie die angesprochenen Verkehrskreise verstehen, wogegen das, was der Werbende selbst mit seiner Äußerung gemeint hat, unerheblich sei (4 Ob 260/00i mwN). Es sei auf den Gesamteindruck bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit abzustellen. Bei mehrdeutigen Angaben muss der Werbende die für ihn ungünstige Auslegung gegen sich gelten lassen, wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil des angesprochenen Publikums die Äußerung tatsächlich in diesem ungünstigen Sinn verstehen kann (4 Ob 260/00i, 4 Ob 233/01w mwN). Aber auch ein mündiger und verständiger Verbraucher hätte die Werbe- und Gewinnspielunterlagen nicht anderes verstanden, als dass er eines der vier abgebildeten wertvollen Geräte der Marke Tefal und nicht bloß eine Schürze, die lediglich als Werbegeschenk einzustufen sei, gewonnen hätte. Der Einwand der beklagten Partei, dass auf diesen Sachverhalt ausschließlich § 5j KSchG (Einklagbarkeit von irreführenden Gewinnzusagen) anzuwenden sei und somit eine lex specialis vorliege, welche keinen Platz für eine Klage nach UWG zuließe, verwarf das Gericht damit, dass den beiden genannten Bestimmungen schon die ratio legis entgegenstünde.

Zum Rekurs der BAK führte das OLG Linz aus, dass den Anforderungen des § 5c Abs 1 Z 1 KSchG nur dann nicht entsprochen wären, wenn die Anschrift der beklagten Partei überhaupt nicht oder nicht leicht verifizierbar wäre (4 Ob 92/03p OGH vom 29.4.2003). Dies sei dann der Fall, wenn lediglich ein Postfach oder eine Telefonnummer angegeben sind (VwGH ZI 2000/04/0147). Gegenständlich sei der Empfänger der Werbeaussendung wesentlich umfassender informiert worden. Er kennt den Firmennamen, die Firmenbuchnummer, den Sitz des Unternehmens mit „5400 Hallein“, das Postfach sowie auch die Telefonnummer. Lediglich die Straßenbezeichnung der Anschrift ist zunächst nicht bekannt, sie wäre aber einfach zu ermitteln, wie dies die klagende Partei offenbar auch vor Überreichung der Klage vorgenommen hat, um der beklagten Partei die Klage und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eigenhändig zustellen zu können. Der ordentliche Revisionsrekurs sei nicht zulässig.

99) Jedenfalls hat die BAK in Ihrer Stellungnahme zum Fernabsatzgesetz darauf hingewiesen, dass durch diese gesetzliche Normierung dem „Postfachunwesen“ ein Ende bereitet werden solle und daher auf die Ladungsfähigkeit einer Anschrift abgestellt werden möge.

100) OLG Linz vom 16. Juli 2003, 1 R 103/03b, nicht veröffentlicht.

sig, da sich das Rekursgericht bei seiner Rechtsfindung auf eine gesicherte Rechtsprechung stützen konnte. Aufgrund des außerordentlichen Revisionsrekurses der Bundesarbeitskammer (ein Revisionsrekurs der beklagten Partei erfolgte nicht mehr) stellte der OGH¹⁰¹ zunächst fest, dass dieser zulässig sei, da höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs „ladungsfähige Anschrift“ in § 5 Abs 1 Z 1 KSchG fehlt. Die Entscheidung 4 Ob 92/03p befasste sich zwar mit den Pflichten im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluß im Fernabsatz, nimmt aber zur Frage, was unter einer ladungsfähigen Anschrift zu verstehen sei, keine Stellung. Auch das Erkenntnis des Verwaltungsgesichtshofes ZI 2000/04/0147 betrifft einen anderen Sachverhalt, weil es die Auslegung des § 63 Abs 1 GewO zum Gegenstand hat, welche Bestimmung die Angabe einer Geschäftsanschrift nicht verlangt.

Der Begriff „ladungsfähige Anschrift“ ist der österreichischen Rechtsordnung – abgesehen von den Bestimmungen des FernabsatzG – fremd. Dieser Begriff wird in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Inhaltserfordernissen eines Beweisantrages zur Aufnahme von Personalbeweisen verwendet, weil der Beweisführer verpflichtet ist, Name sowie Anschrift ein zu vernehmender Zeugen bekannt zu geben (§ 180 Abs 2 ZPO), damit diese allenfalls zur Beweisaufnahme geladen werden können. Behördliche Ladungen dürfen dem Empfänger nur an Abgabestellen iSd § 4 ZustellG zugestellt werden. Ein Postschließfach, das dem Empfänger nur zur Abholung von nicht bescheinigten Briefsendungen zur Verfügung gestellt werden kann, oder ein Postfach sind keine tauglichen Abgabestellen gem § 4 ZustellG. Auch die deutsche vergleichbare Rechtslage (vgl § 1 Z 2 BGB- Informationspflichten-VO idF vom 5.8.2002, der die Bekanntgabe einer ladungsfähigen Anschrift verlangt) sieht vor, dass auch die Straße der Haupt- oder einer Zweigniederlassung angegeben werden muss. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung des § 5c Abs 1 Z 1 KSchG, mit welcher Regelung Art 4 Abs 1 Lit a Fernabsatz-RL umgesetzt wird. Sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber sind in zulässiger Weise über diese Bestimmungen hinausgegangen, welche nur bei einer Vorauszahlung des Verbrauchers die Angabe der Anschrift vorsieht. Diese Anschrift kann aber nur eine für Behördenladungen taugliche Zustelladresse sein.

Dieser Gesetzesbruch läuft allgemeinen Verbraucherinteressen zuwider, weil dem Kunden im Streitfall die Rechtsverfolgung dadurch erschwert, dass er eine ladungsfähige Anschrift der Beklagten erst zeit- und kostenaufwendig (etwa durch Firmenbuchabfrage oder Anruf bei der Beklagten) ermitteln müsse. Leider hat der OGH nicht festgestellt, ob ein Verstoß gegen Informationspflichten nach dem FernabsatzG auch einen Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch gem § 1 UWG darstellt, da der Bundesarbeitskammer jedenfalls auch ein Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG iVm § 29 Abs 1 KSchG zusteht. Eine derartige Feststellung wäre allerdings für die Durchsetzbarkeit einer Konkurrenzenklage nach UWG wünschenswert gewesen, da für Wettbewerber eine Klagsmöglichkeit nach KSchG nicht gegeben ist.

101) OGH vom 23. September 2003, 4 Ob 175/03v.

4.3.3. Organisationsbeitrag II - Überlegungen zur Entscheidung 4 Ob 59/03 k¹⁰²

Anne Marie Kosesnik-Wehrle

Roma locuta ..., aber...

Am 29.11.2000 erhält Frau I einen dringenden Eilbrief von Friedrich Müller, auf dessen Kuvert bereits angekündigt wird, Sie habe „in jedem Fall gewonnen“. Leider habe man Sie telefonisch nicht erreichen können, deshalb folge jetzt dieser Brief. Frau I solle ihn sofort öffnen. In dem inneliegendem Schreiben erfährt Frau I, dass sie entweder einen funkelnelneuen Volkswagen VW Lupo, ein funkelnelneues Sparbuch mit öS 70.000,- Spareinlage in bar, eine fantastische 4-Tages-Reise nach Venedig oder ein funkelnelneues Wohnzimmer zum Dauerwohlfühlen gewonnen habe. Wenn sie noch heute mit beiliegender „Gewinn-Anforderung“ antworte, bekäme Frau I ihren Gewinn bis spätestens 31. Dezember 2000 zugestellt. Ihr anteiliger nicht obligatorischer Organisationsbeitrag für die Bearbeitung, Zustellung, Versicherung, Steuern, etc ihres Gesamtgewinnes betrage lediglich öS 800,-. Sie erhalte unwiderruflich ein funkelnelneues Autos oder ein Sparbuch über öS 75.000,- oder eine Venedig-Reise für zwei Personen oder eine Wohnzimmer-Einrichtung. Sie könne die öS 800,- in beiliegendes Antwortkuvert legen - auch Scheck-, Kreditkarten- oder Nachnahme-Bezahlungen seien möglich! Auf der Rückseite des Schreibens kann Frau I nochmals lesen, dass sie 100%ig einen dieser vier fantastischen Gewinne gewonnen habe. Sie müsse die beiliegende „Gewinn-Anforderung“ noch heute absenden und erhalte die schriftlichen Unterlagen zu ihrem Gewinn bis spätestens 31.12.2000 zugestellt. Wörtlich heißt es:

„Bequemer geht es wirklich nicht mehr! Und dieser Super-Service inkl Bearbeitung, Zustellung, Versicherung, Steuern, etc. bei einem nicht obligatorischen Organisationsbeitrag von nur öS 800,--. Sie erhalten in jedem Fall das Auto, das Wohnzimmer, die Venedig-Reise oder das öS 70.000,--- Sparbuch. (Die öS 800,-- können Sie mit ihrer „Gewinn-Anforderung“ in beiliegendem Antwort-Kuvert oder als Scheck mitsenden. Sie können aber auch die öS 800,-- per Kreditkarte begleichen, oder per Nachnahme!).“

Auch die mehrfach angesprochene „Gewinn-Anforderung“ findet Frau I in diesem Kuvert. Auf der Gewinn-Anforderung sind Rubriken für die Begleichung des Organisationsbeitrages per Nachnahme, in bar, als Scheck oder per Kreditkarte vorgedruckt; auf dem Rückkuvert ist unter der Überschrift „*Bitte hier nichts ausfüllen – dient nur internen Zwecken von Friedrich Müller-Mitarbeitern*“ anzukreuzen, ob der Kunde gewonnen hat, welchen der folgenden Gewinne er wünsche und wann der Organisationsbeitrag eingelangt sei. In den auf der Innenseite des Kuverts abgedruckten Teilnahmebedingungen findet sich die kryptische Wendung „*Die Begleichung der Organisationskosten hat keinen Einfluß auf die Art und Überstellung des Gewinnes. Widrigenfalls der Gewinn unwiderruflich verfällt.*“

Die Arbeiterkammer hat diese Unterlagen zum Anlass genommen, gegen das Versandhandelsunternehmen, das diese Eilbriefe verschickte, Klage wegen Verstoßes gegen § 2 UWG einzubringen. Konsumentenschützern sind derartige Zusendungen an Verbraucher nämlich bei Gott nicht unbekannt. Insbesondere weiß man, dass Versandhandelsunternehmen ihre Gewinnverständigungen in ganz

102) Dr Anne Marie Kosesnik-Wehrle ist Rechtsanwältin in Wien und vertrat die AK im beschriebenen Fall.

Österreich zu Tausenden versenden. Inkriminiert wurde das Erwecken des unrichtigen Eindrucks, die Anforderung des Gewinnes hänge von der Zahlung eines Organisationsbeitrages von öS 800,-- ab, wenn die Adressaten in Wahrheit den Gewinn unabhängig von der Zahlung eines solchen Beitrages erhalten. Die Klage war mit dem im Unterlassungsbegehren gleichlautendem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden. In der Klage wurde unter anderem ausdrücklich vorgebracht, dass die beklagte Partei im November 2000 den geschilderten Eilbrief an zahlreiche Verbraucher, darunter auch Frau I, versendet habe. Dieses Vorbringen stellte die beklagte Partei außer Streit. Im Provisorialverfahren haben alle Instanzen das inkriminierte Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig im Sinne des § 2 qualifiziert: Das Handelsgericht Wien erließ die beantragte einstweilige Verfügung, das Oberlandesgericht Wien gab dem Rekurs der beklagten Partei nicht Folge, sondern bestätigte die EV, und auch der Oberste Gerichtshof wies den außerordentlichen Revisionsrekurs der Beklagten als unzulässig zurück. Die Beklagte hatte in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs zwar zugestanden, mit der Gestaltung ihrer Aussendung den Eindruck zu erwecken, der Organisationsbeitrag sei zwingend zu zahlen, obwohl dies ihren Teilnahmebedingungen gerade nicht entspreche; allerdings vertrat sie die Rechtsmeinung, dass durch die Vorspiegelung, die Gewinnanforderung von der Zahlung eines Organisationsbeitrages abhängig zu machen, eher weniger als mehr Adressaten zur Teilnahme am Gewinnspiel veranlasst würden. Sie fördere daher weder den eigenen noch fremden Absatz, weswegen das Tatbestandsmerkmal des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbes nicht erfüllt sei.

Dazu hat der Oberste Gerichtshof in seinem Zurückweisungsbeschluss ausgeführt, die Beklagte täusche durch die Gestaltung ihres Benachrichtigungsschreibens vor, dass ein Organisationsbeitrag zu zahlen sei, wenn der von ihr zugesagte Gewinn angefordert werde. Damit verschaffe sie sich finanzielle Mittel, die ihr nicht zustünden. Diese „Einnahmen“ seien geeignet, ihre Finanzkraft und damit ihre Wettbewerbsposition zu stärken. Das ihr vorgeworfene Verhalten sei demnach eine Wettbewerbshandlung, weil dazu ausreiche, dass das Verhalten geeignet sei, die Wettbewerbslage irgendwie zu beeinflussen.

Das Hauptverfahren brachte auf Tatsachenebene keine über das Provisorialverfahren hinausgehenden Beweisergebnisse, sodass auch die Rechtsfrage, über die es im Hauptverfahren zu entscheiden galt, mit jener des Provisorialverfahrens ident war. Dementsprechend fielen die Urteile der Unterinstanzen, auch bestärkt durch den Beschluss des OGH aus dem Provisorialverfahren, auf den sowohl das Handelsgericht Wien als auch das OLG Wien ausdrücklich Bezug nahmen, wiederum klagsstattgebend aus. Die Beklagte brachte auch im Hauptverfahren außerordentliche Revision ein. Ihre im Provisorialverfahren noch erfolglos vertretene Rechtsansicht, sie hätte keine Wettbewerbshandlung gesetzt, weil das Publikum sich weniger für ein Angebot interessierte, wenn es glaube, etwas dafür zahlen zu müssen, als wenn es wüsste, dass es das Angebot auch gratis in Anspruch nehmen könne, „verfeinerte“ die Beklagte noch damit, dass es ihr unbenommen sein müsste, „schlaue“ Adressaten mit einer unentgeltlichen Teilnahme am Gewinnspiel zu „belohnen“, weil diese durch die mannigfachen Hinweise auf den „nicht obligatorischen Organisationsbeitrag“ nicht getäuscht würden und ihn daher nicht zahlten. Anders formuliert: Weniger Schlaue, die diesen „Leger“ der Beklagten nicht durchschauen, werden bestraft und sollen (in ihrer Dummheit) halt zahlen, wiewohl sie es nicht müssten.

Gegenüber dem Provisorialverfahren hatte sich weder an den Sachverhaltsfeststellungen noch an der rechtlichen Argumentation etwas geändert. Geändert hat sich allerdings offensichtlich die Rechtsansicht des befassten Senates des Obersten Gerichtshofes: Bei identer Sach- und Rechtslage verneint nunmehr derselbe Senat, der schon im Provisorialverfahren entschieden hatte, entgegen seinen Ausführungen im Zurückweisungsbeschluss das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung auf Seiten der beklagten Partei. Er lieferte dafür zwei Begründungen:

Zum Einen wäre die Beklagte grundsätzlich berechtigt, für die Teilnahme an einem Gewinnspiel ein Entgelt zu verlangen. Sie täusche die Gewinner daher über eine Verpflichtung, die sie ihnen nicht auferlegt, obwohl sie sie ihnen auferlegen könnte. Unter diesen Umständen reiche der durch die Stärkung ihrer finanziellen Position erreichte Vorteil nicht aus, um eine Wettbewerbshandlung zu begründen, weil sich die Beklagte diesen Vorteil auch durch gesetzeskonformes Verhalten verschaffen könnte.

Zum Anderen ging der OGH davon aus, dass die Zusendung nur einer, maximal aber vier Personen zugekommen sei, weswegen durch die inkriminierte Handlung nur eine unerhebliche Nachfrageverlagerung bewirkt werde, was wiederum das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung verhindere: *„Im Hauptverfahren ist nicht hervorgekommen, dass ein größerer Personenkreis verständigt worden wäre, ein funkelneues Auto oder ein Sparbuch über öS 75.000,-- oder eine Venedig-Reise für zwei Personen oder eine Wohnzimmereinrichtung gewonnen zu haben. Der Wert der Preise spricht auch dagegen. Es ist nicht anzunehmen, dass die Beklagte jeweils mehrere Autos, Sparbücher, Reisen oder Einrichtungen ausspielt. [...] Nach dem im vorliegenden Fall maßgebenden Sachverhalt ist die beanstandete Gewinnverständigung einer Person, vielleicht aber auch vier Personen zugekommen. Durch die täuschende Gestaltung können daher höchstens vier Personen bewegt worden sein, den Organisationsbeitrag zu zahlen [...]“*.

Wir halten die Rechtsansicht, die sich in der ersten Begründung offenbart, für verfehlt, weil damit der Wahrheitsgrundsatz, dem im Wettbewerbsrecht (zumindest nach älteren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes) überragende Bedeutung zukommt, ausgehöhlt wird. Es widerspricht dem Gefühl der billig und gerecht Denkenden, wenn zugelassen wird, dass auf Grund irreführender Angaben über eine Gewinnspielteilnahme die „Dummen“ zur Kassa gebeten werden, weil sie, getäuscht durch den geschickten Werbenden, Zahlungsverpflichtungen annehmen, die tatsächlich nicht bestehen. Die Argumentation, die „Schlaunen“, die irreführende Angaben über die Gewinnspielteilnahme richtig deuten, belohnen und damit (implicite) die „Dummen“, die sich täuschen lassen, bestrafen zu dürfen, spricht dem UWG Hohn.

Dennoch ist diese Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes, bedenkt man, dass die Beklagte durch die Täuschung jedenfalls nicht höhere Einnahmen erzielt, als sie durch – grundsätzlich zulässige - tatsächliche Einforderung eines Organisationsbeitrages erzielen könnte, argumentierbar und selbstverständlich zu respektieren, wenn auch unerfindlich bleibt, was den OGH gehindert hat, diese Rechtsmeinung bereits im Provisorialverfahren zu äußern.

Inakzeptabel ist allerdings die zweite Begründung des Obersten Gerichtshofes, wonach der Umstand, dass die täuschend gestalteten Gewinnverständigungen (so der OGH) nur maximal vier Personen zugekommen seien, lediglich eine unerhebliche Nachfrageverlagerung nach sich ziehe. Es wurde von der Klägerin nämlich vorgebracht und von der Beklagten auch außer Streit gestellt, dass die Gewinnverständigungen an zahlreiche Verbraucher in ganz Österreich versendet worden sind. Über diese Außerstreitstellung hat sich der Oberste Gerichtshof hinweggesetzt, und ihm ist damit eine relevante Aktenwidrigkeit vorzuwerfen. Bei Berücksichtigung der Außerstreitstellung hätte gerade die Auffassung von maximal vier Empfängern nicht Platz greifen können. Die Tatsache, dass der Oberste Gerichtshof die Außerstreitstellung offenbar übersehen hat, entzieht seinen Ausführungen über eine fehlende Nachfrageverlagerung den Boden.

4.3.4. Flüssiggasverträge

Margit Handschmann

In den letzten Jahren häuften sich die Beschwerden von KonsumentInnen bezüglich der von ihnen abgeschlossenen Flüssiggasliefere- und Bestandsverträgen. Die häufigsten Kritikpunkte sind dabei:

- Sehr lange Bindungsdauer;
- Ausschließlichkeitsbindung;
- starke Preiserhöhungen in den letzten Jahren;
- Überwälzung der Instandhaltungskosten für den Flüssiggastank auf den Kunden;
- Überwälzung der Kosten für Demontage und Rücktransport des Flüssiggastanks auf den Kunden.

Die Probleme im Zusammenhang mit den Flüssiggasverträgen ergeben sich hauptsächlich aus der **Koppelung des Flüssiggasliefervertrages und des Bestandsvertrags für den Flüssiggastank**. Denn anders als beispielsweise in Deutschland wurde den Kunden in Österreich in der Regel nicht der Kauf des Flüssiggastanks angeboten, sondern nur der Abschluss eines langjährigen Bestandsvertrages. Den Kunden ist die Tatsache, dass sie nicht Eigentümer des Tanks sind, vielfach gar nicht bewusst, da sie im Glauben sind, dass sie bei Vertragsabschluss den Kaufpreis und nicht bloß die Mietvorauszahlung für die Tanknutzung bezahlt haben. Die Arbeitserkammer hat die Flüssiggaslieferverträge sowie die Bestandsverträge einiger Flüssiggasanbieter überprüft. Ergebnis war, dass alle überprüften Verträge eine Vielzahl gesetzeswidriger Klauseln enthielten. Als klagslegitimierter Verband gemäß § 29 KSchG ist die Bundesarbeitskammer gegen drei Flüssiggasanbieter erfolgreich mittels Abmahnung bzw. Verbandsklage vorgegangen. Dabei konnten entscheidende Fragen zu Gunsten der Kunden geklärt werden.

So stellte der **OGH im Verfahren gegen die Firma Flaga** mit Urteil 9 Ob 241/02k vom 23. April 2003 klar, dass die in den Flüssiggasverträgen vereinbarte **Bindungsdauer von 5 Jahren** gegen § 15 KSchG verstößt, und daher gesetzeswidrig ist. Denn Verträge über wiederkehrende Leistungen müssen spätestens per Ende des ersten Vertragsjahres, und dann halbjährlich unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist kündbar sein. Eine längere Bindungsdauer ist nur dann möglich, wenn der Unternehmer bereits vor Vertragsabschluss nachweist, dass die Erfüllung des Vertrages mit besonderen Investitionen verbunden ist. Der Hinweis in den Lieferbedingungen, dass mit der Vertragserfüllung besondere Investitionen verbunden sind, ist dafür nicht ausreichend. Die in den Flüssiggasverträgen vorgesehene Bindungsdauer von bis zu 15 Jahren gehört somit endgültig der Vergangenheit an. Als unzulässig wurde auch die Vereinbarung eines Kündungsverzichts für die Dauer von 5 Jahren bei Vertragsverlängerung gegen gleichzeitige Einräumung eines verbilligten Flüssiggaspreises angesehen. Auch diese Vereinbarung verstößt gegen § 15 KSchG. Als ebenfalls gesetzeswidrig erachtete der OGH eine **Preisänderungsklausel**, die eine Änderung von Transportkosten von „derzeit ...“ vorsah, da diese keine explizite Pflicht zur Preissenkung beinhaltete und auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG fehlten.

Bezüglich weiterer 32 Klauseln hat Flaga sich in einem gerichtlichen Unterlassungsvergleich verpflichtet, sich bei bestehenden Verträgen nicht mehr auf diese Klauseln zu berufen, und sie in Neuverträge nicht mehr einzubeziehen. Da auch die in der Folge ausgearbeiteten neuen Lieferbedingungen nach

Ansicht der Arbeiterkammer zahlreiche gesetzeswidrige Klauseln enthalten, ist die Arbeiterkammer auch gegen die neuen Lieferbedingungen mittels Klage vorgegangen. Das Verfahren ist derzeit in erster Instanz anhängig. Ein weiteres **Verbandsklageverfahren**, das **gegen die Firma Primagaz** geführt wurde, wurde jetzt erfolgreich in erster Instanz beendet (LG Innsbruck vom 8. Jänner 2004, 10 Cg 61/03s). Alle eingeklagten 41 Klauseln wurden als gesetzes- bzw sittenwidrig beurteilt. Primagaz hat gegen das Urteil nicht berufen, die Entscheidung ist rechtskräftig. In diesem Verfahren konnten weitere wichtige Fragen zu Gunsten der Flüssiggaskunden geklärt werden.

Von besonderer Bedeutung ist dabei die in den Flüssiggasliefverträgen enthaltene **Ausschließlichkeitsbindung**, die vorsieht, dass der Kunde während der gesamten Dauer des Vertrages Flüssiggas ausschließlich vom Vertragspartner beziehen muss. Denn die exklusive Bezugspflicht schränkt die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Kunden, und damit den Wettbewerb unter den Flüssiggasunternehmen erheblich ein. Der Kunde kann das Flüssiggas nicht beim günstigsten Anbieter kaufen, sondern muss für die gesamte Vertragsdauer das Flüssiggas von seinem Vertragspartner beziehen, und damit den von ihm bestimmten, für den Kunden oft – aufgrund der intransparenten und nicht gesetzeskonformen Preisänderungsklauseln - nicht nachvollziehbaren Preis akzeptieren. Auch eine Kündigung des Vertrages bringt für einen Kunden, der Flüssiggas weiter als Energiequelle nutzen will bzw muss, keine Lösung des Problems. Abgesehen davon, dass sie bisher durch gesetzeswidrige Vertragsklauseln ausgeschlossen war, so führt diese – aufgrund der Koppelung des Flüssiggasliefvertrages mit dem Bestandsvertrag – dazu, dass damit auch der Bestandsvertrag für die Nutzung des Flüssiggastanks beendet wird.

Umso erfreulicher ist, dass das Landesgericht Innsbruck die ausschließliche Bezugspflicht nach Abwägung der Interessen beider Vertragspartner als nicht gerechtfertigt ansah, und beurteilte daher die Klausel als gesetzeswidrig nach § 879 Abs 3 ABGB. Das Gericht argumentierte, dass diese nicht durch besondere Investitionen des Unternehmens zu rechtfertigen sei, und ging davon aus, dass sich allfällige Investitionen des beklagten Flüssiggasunternehmens nach drei Jahren amortisieren. Auch die vorgesehene **Bindungsdauer von 5 bzw 10 Jahren** wurde wie schon im gegen Flaga erzielten OGH-Urteil als mit § 15 KSchG nicht vereinbar und als gesetzeswidrig gesehen. Weiters wurden die in den Verträgen enthaltenen **Preisankpassungsklauseln** als gesetzeswidrig beurteilt, da diese nur eine Berechtigung zur Preisankpassung, jedoch keine Pflicht dazu vorsehen. Auch die notwendige Bindung an sachlich gerechtfertigte Parameter, die Preisänderungen für den Kunden überprüfbar machen sollen, fehlte in den Preisänderungsklauseln. Da im Verbandsklagsprozess eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel nicht erfolgt, sondern die gesamte Klausel unwirksam ist, bleibt die Überprüfung der erfolgten Preisänderungen, insbesondere der in den letzten Jahren erfolgten Preiserhöhungen, einem Individualverfahren vorbehalten. Von praktischer Relevanz für den Kunden ist auch die Gesetzeswidrigkeit der Klauseln, die eine **Überwälzung der Kosten für die Instandhaltung des Tanks** und der **Kosten für Ausbau und Transport des Tanks** bei Vertragsbeendigung auf den Kunden vorsehen. Denn in beiden Fällen kommen auf den Kunden während der Laufzeit des Vertrages bzw bei Vertragsbeendigung bei Vertragsabschluss nicht einschätzbare, zum Teil erhebliche Kosten auf den Kunden zu.

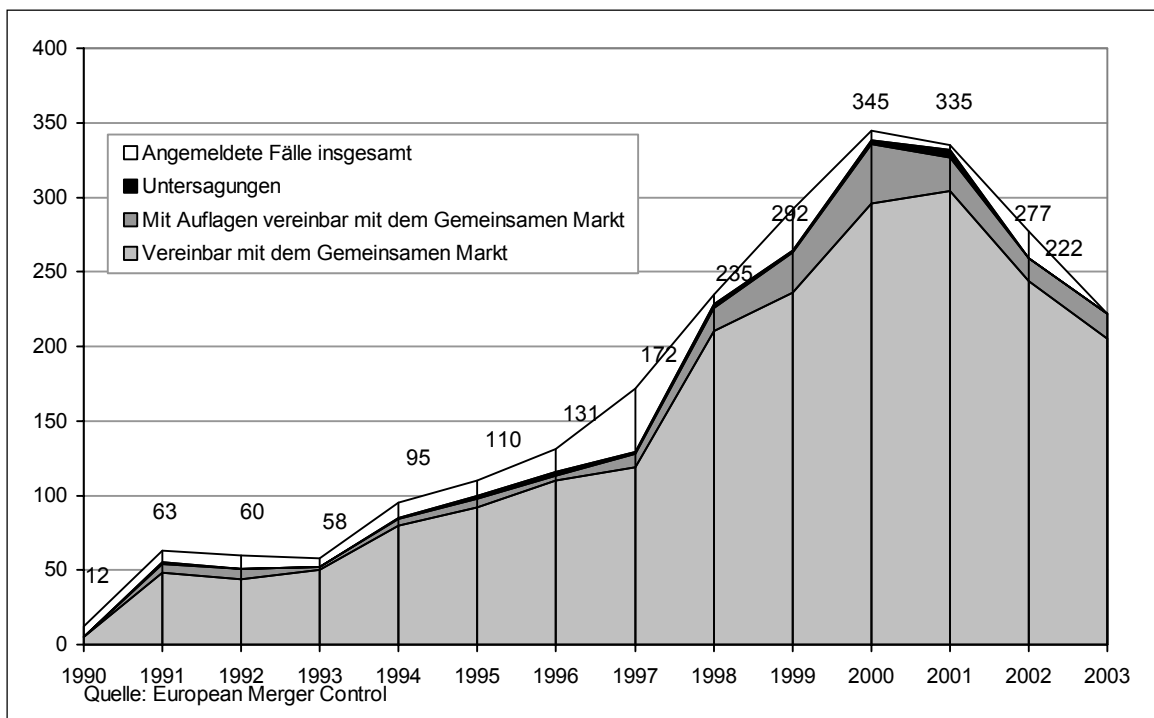
5. DIE ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE

5.1.1. Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU

Die auch im Jahr 2003 anhaltend, schwierige konjunkturelle Lage führte zu einem weiteren Rückgang der bei der European Merger Control angemeldeten Zusammenschlüsse. Im Jahr 2003 wurden insgesamt 222 Zusammenschlüsse bei der EU-Kommission angemeldet (2002: 277 Anmeldungen). Dies entspricht einen Rückgang von 19,8% oder 55 Zusammenschlüsse gegen über dem Vorjahr (2002: -17,3% oder -58 Zusammenschlüsse).

So wie im Vorjahr wurde auch 2003 kein Zusammenschluss von der European Merger Control untersagt. Angestiegen ist hingegen die Zahl der nur unter Auflagen genehmigten Zusammenschlüsse. Trotz deutlich rückläufigen Zusammenschlussanmeldungen wurden in 17 Fällen die Zusammenschlüsse nur unter Auflagen genehmigt (2002: 15). 205 oder 92,3% aller angemeldeten Zusammenschlüsse wurden als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigt.

Grafik 4: Entscheidungen der European Merger Control 1990 bis 2003



Die im Vergleich zum Vorjahr deutlich gesunkene Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse entspricht dem internationalen Trend. Laut einer KPMG-Analyse (beruhend auf Daten des Marktforschungsinstitutes Dealogic) sank aufgrund der konjunkturell schwierigen Lage der Wert der weltweiten Transaktionen um 15%. Die internationale Flaute der weltweiten Merger-Aktivitäten dürfte im Jahr 2003 ihren Tiefpunkt erreicht haben. Mit der Belebung der weltweiten Konjunktur erwarten Experten für 2004

einen starken Anstieg der Fusionsaktivitäten.¹⁰³ So liegen die weltweiten Gesamtvolumina für die ersten beiden Monate dieses Jahres bei über 200 Mrd Dollar und damit mehr als doppelt so hoch wie im Vorjahr. Beispiele wie etwa der Angriff des US-Kabelbetreibers Comcast auf den Disney-Konzern (Angebotssumme: 66 Mrd US\$), die Genehmigung des Zusammenschlusses von KLM und Air France zur weltgrößten Fluggesellschaft, das feindliche Übernahmeangebot von Sanofi-Synthelabo gegenüber Aventis sowie die zunehmende Diskussion über notwendige Großbankenfusionen in Deutschland bestätigen diese Entwicklung.

5.1.2. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen im Jahr 2003

Die nachfolgenden Beschreibungen der Zusammenschlüsse basieren auf den Veröffentlichungen der Europäischen Kommission und wurden um Informationen durch Unternehmensberichte und die Compass-Firmenbuch-Datenbank ergänzt. Über die Homepage der Europäischen Kommission unter <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/> finden sich genauere Informationen.

GE / Jenbacher¹⁰⁴

General Electric (GE) erwirbt die Kontrolle über Jenbacher. GE (USA) ist ein diversifiziertes Industrieunternehmen, ua Flugzeugmotoren, Informationssysteme, Energiesysteme, Beleuchtung, medizinische Einrichtungen, Kunststoffe, Medienübertragung (NBC), Finanzdienstleistungen und Transportsysteme. Jenbacher entwickelt und produziert intelligente Motoren: Sie nutzen die verschiedensten Gasarten zur umweltfreundlichen und effizienten Energieerzeugung, wobei sie sowohl Strom als auch Wärme produzieren können. Diese Energie kommt dann beispielsweise in der Industrie, in der Landwirtschaft oder in kommunalen Einrichtungen wie Krankenhäusern oder Schulen zum Einsatz. Sie sind weltweiter Marktführer bei Cogeneration-Anlagen im Leistungsbereich zwischen 300 kW und 3.000 kW sowie im zukunftssträchtigen Non-Natural Gas-Bereich. Hier werden Umwelt belastende Bio- und Sondergase, wie etwa Flaregas (ein so genanntes Erdölbegleitgas), Grubengas aus dem Kohlebergbau, diverse Schwachgase oder Deponiegase umweltfreundlich verwertet.

Wienerberg / Koramic¹⁰⁵

Die österreichische Wienerberger AG, die gemeinsam von der belgischen Koramic Building Products NV und der Bank Austria AG, kontrolliert wird, und Koramic beabsichtigen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, in das das Dachziegelgeschäft von Koramic eingebracht werden soll.

103) Presse vom 14. Februar 2004: Merger-Mania wie in alten Zeiten, S 21.

104) Entscheidung der Kommission vom 14.4.2003 – Comp/M3113

105) Entscheidung der Kommission vom 23.5.2003 – Comp/M3127

OMV / BP¹⁰⁶

OMV erwirbt 247 BP-Tankstellen in Süddeutschland und Produktionsrechte der Raffinerie Bayernoil sowie eine Beteiligung (ohne bestimmenden Einfluss) an der transalpinen Erdölpipeline. Die Übernahme erfolgt im Zuge einer Entscheidung des Bundeskartellamts, in deren Rahmen BP sich verpflichtet hatte, bei der Fusion mit E.ON bestimmte Vermögensgegenstände zu veräußern.

Verbund / Energie Allianz¹⁰⁷

Die Unternehmen Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft (Verbund), EVN AG, Wien Energie GmbH, Energie AG Oberösterreich, Burgenländische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft (BEWAG) und Linz AG für Energie, Telekommunikation, Verkehr und Kommunale Dienste erwerben die gemeinsame Kontrolle bei den Unternehmen E&S GmbH und Verbund Austrian Power Trading AG. EVN, Wien Energie, Energie OÖ, BEWAG und Linz AG werden ihre Interessen als EnergieAllianz Austria gemeinsam wahrnehmen. Bei dem geplanten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um die Zusammenlegung der Stromaktivitäten des Verbund und der EnergieAllianz in zwei Gemeinschaftsunternehmen, E&S und APT. Was die Stromerzeugung betrifft, verbleiben die Erzeugungskapazitäten von Verbund einerseits und den in der EnergieAllianz zusammengefassten Landesgesellschaften andererseits zwar eigentumsrechtlich getrennt. Allerdings soll die Produktion durch das Handelshaus APT gesteuert werden, an dem Verbund mit 67% und EnergieAllianz mit 33% beteiligt sein werden. Der in den Kraftwerken von Verbund und EnergieAllianz erzeugte Strom wird ausschließlich an APT geliefert. APT seinerseits wird den Stromhandel betreiben.

Nach eingehender Untersuchung des Falles ist die Kommission nunmehr zu dem Schluss gekommen, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zwar als solches geeignet ist, eine beherrschende Stellung zu verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erheblich behindert würde. Allerdings erlauben es die von den anmeldenden Parteien gemachten Zusagen, die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen.

Heineken / BBAG¹⁰⁸

Die Europäische Kommission hat dem Erwerb der österreichischen Brauerei BBAG durch das niederländische Brauereiunternehmen Heineken zugestimmt. Die Zusammenführung von BBAG und Heineken hat keine Wettbewerbsbedenken aufgeworfen, da sich die Geschäfte beider Parteien auf dem europäischen Biermarkt nur geringfügig überschneiden. Das Vorhaben betrifft die Erzeugung und Verteilung von Bier in Österreich, Frankreich, Griechenland, Italien, Irland und den Niederlanden. Mit Ausnahme von Österreich sind die Auswirkungen auf die Biermärkte unerheblich.

Götz / Schwenk / Strabag / BFU¹⁰⁹

Die Unternehmen Götz Holding GmbH & Co KG (Betonpumpen Deutschland), Schwenk Zement KG (Deutschland) und die zum Konzern der österreichischen Bau Holding Strabag AG gehörende Ilbau Deutschland GmbH erwerben die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen BFU Betonförderung GmbH & Co KG (Betonpumpen Deutschland).

106) Entscheidung der Kommission vom 11.6.2003 – Comp/M3110

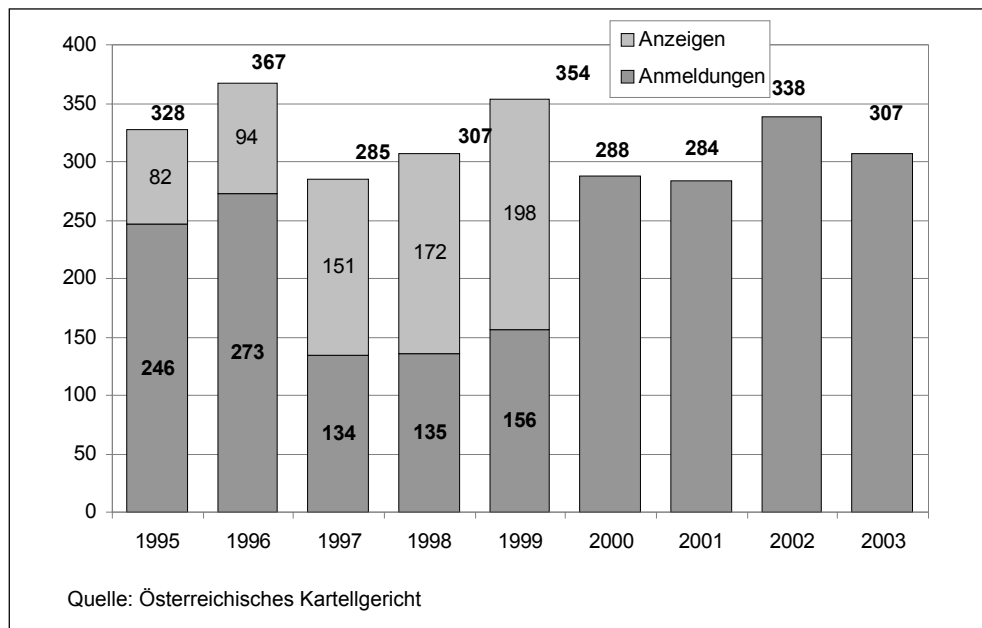
107) Entscheidung der Kommission vom 11.6.2003 – Comp/M2947

108) Entscheidung der Kommission vom 18.7.2003 – Comp/M3195

109) Entscheidung der Kommission vom 9.12.2003 – Comp/M3335

5.1.3. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich

Grafik 5: Die Anzahl der angemeldeten und angezeigten Zusammenschlüsse in Österreich



Österreich verzeichnete im abgelaufenen Jahr ebenfalls eine rückläufige Entwicklung bei den Zusammenschlussanmeldungen. Wie aus der Aufstellung ersichtlich ist, wurden 2003 insgesamt 307 Zusammenschlüsse nach § 42a KartG beim Kartellgericht¹¹⁰ angemeldet. Dies bedeutet einen Rückgang von 9,2% oder 31 Fällen gegenüber dem Vorjahr. Die österreichische Entwicklung entspricht somit dem internationalen Trend im letzten Jahr, wenngleich die Rückgänge etwas schwächer als auf europäischer Ebene ausfielen (EU: -19,8%). Die Amtsparteien, Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt, stellten im vergangenen Jahr im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle insgesamt 16 Prüfungsanträge (2002: 30). Weiters wurden 2 Anträge auf Feststellung einer verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses eingebracht. Weitere Fakten für 2003:

- 72 vertikale Vertriebsbindungen wurden angezeigt (2002: 31); in 2 Fällen wurde die Untersagung der Durchführung einer vertikalen Vertriebsbindung beantragt (2002: 1);
- 16 unverbindliche Verbandsempfehlungen wurden angezeigt (Vorjahr: 24); in 7 Fällen wurde ein Widerruf gem § 33 KartG beantragt (Vorjahr: 2);
- 12 Feststellungsanträge nach § 8a KartG (2002: 15);
- 6 Anträge auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 35 KartG (2002: 11);
- 2 Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (2002: 9);
- 2 Anträge auf Verhängung einer Geldbuße gem § 142 Z1 lit a KartG (2002: 0)
- 10 Anträge betreffend Aufskunftserteilung und Vorlage von geschäftlichen Unterlagen gem § 11 Abs 5 WettbG (2002: 0);
- 1 Antrag auf Abstellung einer Vergeltungsmassnahme im Sinne des § 36 KartG (2002: 0)

110) Die Informationen wurden uns von Dr Herrmann, Senatspräsident des Kartellgerichts dankenswerter Weise zur Verfügung gestellt.

5.2. Wichtige Entscheidungen der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit

5.2.1 Zusammenschluss ÖBB / Postbus AG

Helmut Gahleitner

Das Kartellgericht hat den Zusammenschluss ÖBB/Postbus AG am 14. August 2003 ohne Auflagen genehmigt. Gegen die Entscheidung des Kartellgerichts wurde von Seiten der Amtsparteien, Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt, kein Rekurs an den Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht erhoben. Nachstehend sollen die Entscheidungsgründe aus dem 119-seitigen Beschluss kurz zusammengefasst werden¹¹¹:

Die Postbus AG erwirtschaftete mit 1.467 Bussen einen Umsatz in Höhe von 194,2 Mio €. Die ÖBB betreibt 850 Busse und erzielte damit einen Umsatz in Höhe von 111,7 Mio €. Es wird darauf hingewiesen, dass im internationalen Vergleich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu den kleineren Busunternehmen zählen. Im gegenständlichen Zusammenschluss ist nur der Linienverkehr von wettbewerblicher Relevanz. Die Marktgegenseite der Busunternehmen im sachlich relevanten Markt wird aufgrund der Regelungen des ÖPNRV-G (Öffentliches Personennah- und Regionalverkehrsgesetz) durch die Verkehrsverbände bzw die Gebietskörperschaften repräsentiert (nicht primär der Fahrgast). Die Verkehrsverbundorganisationen sind gegenüber den Busunternehmen monopolistische Nachfrager, die Tarife werden im Verkehrsverbund festgesetzt, die Busunternehmen haben keine Tarifhoheit.

Der Kraftfahrlinienverkehr ist konzessionspflichtig. Insgesamt gibt es 2.900 Konzessionen, wovon 700 auf den Postbus und 200 auf den BahnBus entfallen. Aufgrund des strengen öffentlichrechtlichen Konzessionssystems ist Wettbewerb nur in geringem Umfang möglich. Dies trifft sowohl auf Parallelverkehre als auch auf Ausschreibungen zu (nach Ablauf der Konzessionsdauer von 10 Jahren wird dies fast ausnahmslos wieder erteilt).

Nach dem Gerichtsgutachten von Frau Dr Hildebrand kann eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss deshalb nicht entstehen, weil die Zusammenschlusswerber sich weder gegenüber ihren Kunden (Fahrgästen) noch gegenüber den Verbundorganisationen unabhängig verhalten können. Dies wird auch durch den über das Gallup Institut durchgeführten hypothetischen Monopolistentest bestätigt. Die oft kritisierte Einbeziehung des Individualverkehrs erfolgte lediglich über den Hinweis, dass Postbus/BahnBus ihre Preise auch deswegen nicht erheblich steigern können, weil dann die Fahrgäste signifikant auf den motorisierten Individualverkehr ausweichen würden. Das Kartellgericht folgt in seiner Entscheidung dem Gerichtsgutachten. Ziel der gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ist die Einführung eines kontrollierten Wettbewerbs im Bereich des ÖPNVs. Um im zunehmenden europäischen Wettbewerb leistungsfähig zu sein, bedarf es der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Der Zusammenschluss ermöglicht die Erzielung beträchtlicher Effizienzgewinne sowie eine Qualitäts-

111) Der Arbeiterkammer liegt die Entscheidung des Kartellgerichts nicht vor. Die nachfolgenden Informationen wurden von der Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlicht. Die Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde lautet: www.bwb.gv.at

verbesserung des Leistungsniveaus für die Fahrgäste. Selbst wenn durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstünde, erfülle der Zusammenschluss die Freistellungsvoraussetzungen gem § 42b Abs 3 KartG.

5.2.2. Entscheidung Zahlungsverkehrsallianz

Ulrike Ginner

Im Dezember 2002 haben die drei Großbanken Bank-Austria/Creditanstalt, Erste Bank und PSK/Bawag beim Kartellgericht das Joint-Venture „Zahlungsverkehrsgesellschaft“ (im folgenden ZVG) als kooperatives Gemeinschaftsunternehmen angemeldet¹¹². In diesem Gemeinschaftsunternehmen soll der gesamte Zahlungsverkehr der drei Banken abgewickelt werden. Die Bereiche Vertrieb, Produktmanagement und Konditionen sollen von der ZVG allerdings nicht umfasst sein.

Das Kartellgericht hat mit Beschluß vom 11. Juli 2003 entschieden, dass es sich bei dem angemeldeten Joint-Venture um ein genehmigungspflichtiges Kartell handelt und die Genehmigung von der Einhaltung von zuvor mit der BWB und dem Kartellanwalt verhandelten Auflagen abhängig gemacht. Die Genehmigungsdauer wurde auf 3½ Jahre festgesetzt. Die Auflagen im Einzelnen¹¹³:

- Die ZVG muss Kosteneinsparungen durch Vorteile für EndverbraucherInnen (GirokonteninhaberInnen) in folgender Form weitergeben: Ab operativem Tätigwerden des Unternehmens (nicht vor Mitte 2004) darf die Überweisungsdauer in 90% aller Fälle maximal folgende Dauer haben: Ein Tag bei Überweisungen zwischen zwei Konten, die bei demselben Kreditinstitut geführt werden; zwei Tage in allen anderen Fällen.
- Darüber hinaus besteht die Verpflichtung, Vorteile in Form von Effizienzsteigerungen, welche die ZVG-Mitglieder (im Kerngeschäft "Girokonto") lukrieren, an den EndkundenInnen weiterzugeben.
- Die Bindungsdauer und ausschließliche Bezugsverpflichtung für die 3 Gründungsunternehmen wird zeitlich beschränkt.
- Für künftig neu hinzutretende Banken besteht überhaupt keine exklusive Bezugsverpflichtung. Diesen steht die ZVG zu nicht diskriminierenden Bedingungen offen.

Über diese Auflagen muß regelmäßig an die BWB und dem Bundeskartellanwalt berichtet werden.

Neue Diskussion um die Zahlungsverkehrsallianz

Bereits eineinhalb Monate nach Erlass des Genehmigungsantrages wurde berichtet, dass die Bank Austria/Creditanstalt dieser Kooperation nicht beitreten wird¹¹⁴. Begründet wurde dies damit, dass die BA-CA zwar den Zahlungsverkehr auslagern, aber nicht unbedingt alle möglichen Synergien gemein-

112) Siehe auch die Einschätzungen der Arbeiterkammer zu dieser Kooperation in Fusionen und Übernahmen Teil 1 – Wettbewerbsbericht der AK Wien 2002; S 99.

113) Übernommen von der home-page der BWB www.bwb.gv.at.

114) Kurier und Presse vom 20. August 2003

sam lukieren wolle, die durch das gemeinsame System möglich wären. Obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits ein möglicher Beitritt der Volksbanken AG im Gespräch war, eventuell auch von Raiffeisen, sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt trotz Bekräftigung des Beitrittsinteresses der Volksbanken AG im Oktober 2003¹¹⁵, noch keine konkreten Pläne einer Erweiterung der Allianz gegeben. Die dzt Allianz zwischen BAWAG/PSK und Erste Bank ist vom Genehmigungsbeschuß umfasst¹¹⁶. Der Austritt der BA/CA selbst bedarf keiner Genehmigung sondern stellt einen Umstand dar, der dem Kartellgericht lediglich anzuzeigen ist¹¹⁷. Für den Beitritt eines weiteren Mitgliedes muß allerdings ein Änderungsantrag gem § 26 KartG gestellt werden, der auf die Genehmigungsdauer keinen Einfluß hat. Diese Ausführungen gelten allerdings nur insoweit, als es zu keiner Änderung des österreichischen Kartellrechtes kommt. Nach letzten Medienberichten¹¹⁸, möchte sich die Österreichische Nationalbank für eine gemeinsame Zahlungsverkehrs-Plattform aller österreichischen Großbanken einsetzen. Wie diese letztendlich aussehen wird, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden.

5.2.3. Schiverbund Amadé – Die Entscheidung des Kartellgerichts

Karin Wessely / Helmut Gahleitner

Die Arbeiterkammer hat beim Kartellgericht die Feststellung beantragt (Feststellungsantrag gem § 8 KartG), ob der Schiverbund Amadé dem KartG unterliegt, insbesondere ob und inwieweit der Tatbestand eines (genehmigungspflichtigen) Kartells erfüllt ist (siehe Kapitel 4.1.3.).

Das Kartellgericht ist in seinem Beschluss (10. November 2003) grundsätzlich der Argumentation der Arbeiterkammer gefolgt und hat den Schiverbund als genehmigungspflichtiges **Vereinbarungskartell (Absichtskartell) gem § 10 Abs 1 KartG** in der Ausformung eines **Vertragskartells** qualifiziert.

Die Kooperations- und Umsatzvereinbarung der Antragsgegnerinnen ist eine Vereinbarung zwischen einzelnen, wirtschaftlich selbständig bleibenden Vertragspartnern, durch die im gemeinsamen Interesse eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt wird. Dies geschieht durch die Abtretung der Tarifsetzungskompetenzen sowie wesentlicher Entscheidungen bezüglich der Angebotskonditionen (wie Betriebszeiten der Seilbahnen) und der Gebietsabgrenzungen an den Schiverbund bzw an dessen Organe.

Hinsichtlich des Ausnahmetatbestands des **§ 17 Abs 3 Z 3 KartG** ist das Kartellgericht wie die Arbeiterkammer der Meinung, dass ein Pauschalarrangement iS dieser Bestimmung die im voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen ist, die zu einem Gesamtpreis verkauft oder zum Verkauf angeboten werden: Beförderung, Unterbringung, andere touristische

115) Kurier vom 11. Oktober 2003

116) Norbert Gugerbauer, Kommentar zum KartellG, RN 3 zu § 28 KartG

117) Barfuss-Wollmann-Tahedi; Österreichisches Kartellrecht S 68 - Meldepflichten

118) Presse vom 10. Februar 2004

Dienstleistungen, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen. Dies entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, welcher in § 2 der Reisebürosicherungsverordnung und der EU-Richtlinie 90/314/EWG über Pauschalreisen zum Ausdruck kommt. Beim Schiverbund handelt es sich aber um die Verbindung von gleichartigen Leistungen von Unternehmen derselben Wirtschaftsebene.

Die **Länderbereichsausnahme** ist nicht anzuwenden, da die Beförderung von Fremden ein Teilgebiet bildet, das im Fall von Schleppliften dem in die Kompetenz der Bundesgesetzgebung fallenden gewerblichen Sektor zuzurechnen ist, bzw im Fall von Seilbahnen unter das EisbG fällt. Alle Schitouristenbeförderungsanlagen, auf die sich die verfahrensgegenständlichen Preisabsprachen beziehen, unterliegen bundesrechtlichen Vorschriften.

§ 5 Abs 1 Z 1 KartG ist nicht anzuwenden, da die Beförderungsbedingungen von Schleppliften jedenfalls nicht nach § 22 Abs 5 EisbG durch den Bundesminister für Verkehr zu genehmigen sind. Für Kleinseilbahnen wie Sessellifte ist der Landeshauptmann zuständige Behörde. Die Genehmigungspflicht betrifft aber jedenfalls nur die Beförderungsbedingungen von Eisenbahnunternehmen, also die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht aber die Tarifbestimmungen.

Ein **Bagatellkartell** ist gem § 16 KartG ein Kartell, das im Zeitpunkt des Zustandekommens an der Versorgung des gesamten inländischen Marktes einen Anteil von weniger als 5% und eines allfälligen inländischen Teilmarktes einen Anteil von weniger als 25% hat. Da der Schiverbund am Gesamtumsatz der Seilbahnen in Österreich einen Marktanteil von rund 10–16% hat, kann schon aufgrund § 16 Z 1 KartG von keinem Bagatellkartell ausgegangen werden.

Entgegen der Auffassung der Arbeiterkammer hat das Kartellgericht bei der Frage eines allfälligen inländischen Teilmarktes einen **Markt für Tages- und Mehrtagesgästen** angenommen. Für Mehrtagesgäste ist das gesamte Bundesgebiet als örtlicher Teilmarkt anzunehmen. Zu den Tagesgästen hat das Kartellgericht ausgeführt, dass Schitouristen aus Ostösterreich Wege von 180 km pro Tag in ein Schigebiet zugemutet werden können. Für Schitouristen aus Westösterreich bedarf es aber keiner derartig langen Anfahrtswege. Konsumenten aus Zell/See ist es zB nicht zuzumuten, für einen einzigen Schitag über winterliche Bergstraßen nach Kitzbühel zu fahren. Daraus folgert das Kartellgericht, dass für Tagestouristen das Gebiet, in dem der Schiverbund tätig ist, der örtlich relevante Teilmarkt ist. In seinem Gebiet hat der Schiverbund aber jedenfalls einen Anteil von weit mehr als 25%. Auch im Hinblick auf § 16 Z 2 KartG liegt daher kein Bagatellkartell vor. Schließlich ist die **Immanenztheorie** nicht anzuwenden, da nach dieser Theorie nur wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden zu an sich kartellrechtsneutralen Verträgen kartellrechtlich zulässig sind, sofern die Nebenabreden für die Realisierung des Hauptzweckes funktionsnotwendig sind. Der Ausschluss der freien Preisfestsetzung durch Mitglieder des Schiverbunds und die Übertragung dieser Kompetenz an den Vorstand sind jedoch keine Nebenabrede, sondern der Kern der Vereinbarung. Es besteht in diesem Fall kein kartellrechtsneutraler Hauptzweck.

Das Kartellgericht hat daher am 10. November 2003 den **Beschluss** gefasst, dass die Absprache von Preisen durch die Mitglieder des Schiverbunds Amadé (gem der Kooperations- und Umsatzverteilungsvereinbarung), die Absprache über das örtliche Gebiet, für das die Karten Gültigkeit haben und das Verbot der Ausgabe bzw faktische Nichtangebot von Karten für die Lifte lediglich einzelner Regionen innerhalb des Schiverbunds dem Kartellgesetz unterliegt. Dieser Beschluss ist aufgrund eines Rekurses der AntragsgegnerInnen noch nicht rechtskräftig.

5.2.4. Zusammenschluss Saria Holding AG / Medicur-Holding / Dr Schuster BeteiligungsGmbH

Helmut Gahleitner

Zusammenschlussinformationen¹¹⁹

Mit dem Erwerb der heimatwerbung Niederösterreich und heimatwerbung Oberösterreich über die Medicur Holding GmbH hat die Raiffeisen-Holding Niederösterreich-Wien im Juni 2002 ihre Tätigkeit auf den Bereich Außenwerbung (Plakatwerbung) ausgeweitet. Durch den kurz darauf folgenden Erwerb eines weiteren Plakatunternehmens, die „Schuster-Werbung“-Ankündigungsunternehmung Gottfried Schuster GmbH, die vorwiegend im Wiener Raum tätig ist, stieg die Raiffeisen-Gruppe binnen kurzer Zeit hinter GEWISTA zur Nummer 2 am österreichischen Markt für Außenwerbung auf.

Am 23. Dezember 2002 wurde der Zusammenschluss zwischen der heimatwerbung-Gruppe und der Dr Heinrich Schuster BeteiligungsGmbH beim Kartellgericht angemeldet. Die Mehrheitseigentümerin der Heimatwerbung (Raiffeisen-Gruppe) und Dr Heinrich Schuster beabsichtigten ihre Beteiligungen im Bereich der Außenwerbung in eine gemeinsame Holding (Saria Holding AG) einzubringen. An dieser Holding wird die Schuster BeteiligungsGmbH und die Medicur GmbH je 50% halten. Die Aufteilung der Gesamtausgaben des Jahres 2002 für Außenwerbung in Höhe von 136 Mio € macht deutlich, dass nach dem Zusammenschluss die heimische Plakatbranche von zwei großen Gruppen dominiert wird. Demnach entfielen von den Gesamtausgaben 33% auf die GEWISTA-Gruppe und rund 45% auf die am Zusammenschluss beteiligten Außenwerbungsunternehmen. Den Rest teilen sich kleinere Anbieter, die Anteile zwischen 2% und 6% halten.

Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt beantragen Prüfung des Zusammenschlusses

Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt beantragen fristgerecht die Prüfung des Zusammenschlusses. Auch die Wettbewerbskommission gab aufgrund der entstehenden Marktkonzentration eine Empfehlung auf Prüfung des Zusammenschlusses ab.

Die Bundeswettbewerbsbehörde führte in ihrem Prüfantrag kurz zusammengefasst aus, dass es unterschiedliche Formen der Außenwerbung gebe, der Plakatmarkt aber mit 70% des Außenwerbungsvolumen der weitaus bedeutendste Markt sei. Vor allem für überregionale Kampagnen (Verhältnis zwischen regionalen und überregionalen Kampagnen beträgt 50:50) sei entscheidend, wie viele Werbeflächen ein Außenwerbungsunternehmen in den einzelnen Bundesländer besitze. Die Anzeiger halten in Verbindung mit Kooperations- und Bewirtschaftungsverträgen in den einzelnen Bundesländern, abgesehen von Wien und der Steiermark, zwischen 49% und 70,4% aller Werbeflächen, sodass in 7 von 9 Bundesländern die Anmelderrinnen unumstrittene Marktführer werden. Aufgrund der hohen Marktanteile würde durch den Zusammenschluss zumindest im Plakatbereich eine marktbeherrschende Stellung begründet werden.

119) Der gerichtliche Beschluss ist vollständig im Rechtsinformationssystem (RIS) veröffentlicht. Hieraus sind auch die im Artikel verwendeten Daten entnommen. Kurzinformationen finden sich auch auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde.

Auch die Mitbewerber äußerten sich zum gegenständlichen Zusammenschluss. Es wurde darauf hingewiesen, dass bei Genehmigung des Zusammenschlusses das neue Unternehmen einen Anteil von 55% an den bewirtschafteten Plakatflächen erreichen würden. Regional, etwa in Tirol oder der Steiermark, würde der künftige Marktanteil der Zusammenschlussanmelder gar bei 80% liegen. Außerdem wurde betont, dass es den am Zusammenschluss beteiligten Gesellschaft aufgrund des hohen Plakatflächenanteils nunmehr möglich wäre, ohne Subauftragnehmer Österreichweite Streuaufträge entgegenzunehmen, was die marktbeherrschende Stellung zudem verstärken würde.

Beschluss des Kartellgerichts

Das Kartellgericht hat mit rechtskräftigem Beschluss vom 23. Mai 2003 den Zusammenschluss „heimatwerbung / Dr Schuster“ unter Erteilung von Auflagen nicht untersagt. Den Anmeldern wurde aufgetragen, dass

„1. die Zusammenarbeit der heimatwerbung GmbH mit Sitz in Asparn und der heimatwerbung GmbH mit dem Sitz in Linz, mit der heimatwerbung GmbH mit Sitz in Innsbruck, die über das gemeinschaftliche Unternehmen heimatwerbung Austria GmbH geführt wird, mit Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses beendet wird;

2. die mit ihnen gemäß § 41 KartG verbundenen im Bereich der Außenwerbung tätigen Unternehmen bis 31. Dezember 2004 Plakatflächen im Ausmaß eines – unter Berücksichtigung der PWÖ-Bewertung für das Jahr 2002 zu ermittelnden – Prozentsatzes von jeweils 10% in den Bundesländern Niederösterreich, Burgenland und Kärnten an mit ihnen nicht gemäß § 41 KartG (§ 1 KartG) verbundene im Bereich der Außenwerbung tätige Unternehmen abgeben;

3. sie und die mit ihnen gemäß § 41 KartG verbundenen Unternehmen bis 31. Dezember 2005 keine weiteren Zusammenschlüsse im Sinne des Kartellgesetzes mit anderen im Bereich der Außenwerbung tätigen Unternehmen und/oder Betrieben in Österreich, insbesondere der Heimatwerbung GmbH mit dem Sitz in Innsbruck, durchzuführen. Über die Erfüllung der Auflagen ist dem Kartellgericht zu berichten. Über die Erfüllung der Auflage 2 sind überdies Zwischenberichte zu den Stichtagen 31. Dezember 2003 und 30. Juni 2004 zu erstatten¹²⁰.“

Bewertung aus Sicht der Arbeiterkammer

Die vom Kartellgericht ausgesprochenen Auflagen werden uneingeschränkt begrüßt. Auch wenn das Medium „Außenwerbung“ verstärkt einen intermediären Wettbewerb mit anderen Werbemedien (zB Printmedien, Rundfunk, Prospekten) ausgesetzt ist, so stellt der Markt für Außenwerbung im Rahmen des Bedarfsmarktkonzeptes einen eigenen sachlich relevanten Markt dar. Die verhängten Auflagen reduzieren die durch den Zusammenschluss entstehende Marktposition der betroffenen Unternehmen und tragen dazu bei, dass auf dem Markt für Außenwerbung in Verbindung mit dem intermediären Wettbewerb ausreichend Wettbewerb bestehen bleibt. Die Untersagung weiterer Zusammenschlüsse im Sinne des Kartellgesetzes mit anderen im Bereich der Außenwerbung tätigen Unternehmen für die Dauer von rund 2,5 Jahren, kann aus Sicht der Arbeiterkammer nur als Hinweis darauf verstanden werden, dass mit dem Zusammenschluss ein Konzentrationsgrad in der Branche erreicht wurde, bei dem weitere Zusammenschlüsse (auch nach Ablauf des Untersagungszeitraumes) wettbewerbsrechtlich nicht mehr zu verantworten sind.

120) Entscheidung des Kartellgerichts

Umbenennung der Saria Holding in EPA europäische Plakat- und Außenwerbholding

Mittlerweile wurde die gemeinsame Holding (Saria Holding AG) in die EPA Europäische Plakat- und Außenwerbungsholding umbenannt. Die EPA-Gruppe hat sich zu einem der führenden Außenwerbeunternehmen in Zentral- und Osteuropa entwickelt. So hat sie etwa in Tschechien mit einem Marktanteil von 36% auf dem Plakatmarkt die Marktführerschaft übernommen. In Mazedonien verfügt die EPA über einen Marktanteil von 50% am gesamten Außenwerbemarkt. Starke Marktstellungen bestehen darüber hinaus in der Slowakei, Ungarn und Kroatien¹²¹.

5.2.5. Coca Cola übernimmt Römerquelle

Maria Burgstaller / Dorothea Herzele

Die Coca-Cola Beverages Austria (CCAB), die zum weltweit größten Softdrink-Konzern The Coca-Cola Company (TCCC) gehört, meldete am 6. Oktober 2003 beim Kartellgericht die Übernahme der Mineralwassermarken Römerquelle und Markusquelle samt den burgenländischen Produktionsstätten in Edelsthal und Pötttsching an. Weltweit setzt TCCC mit 38.000 Beschäftigten¹²² Getränke im Wert von 20 Mrd US-\$ um, in Österreich erwirtschaften die 1.250 MitarbeiterInnen der CCBA einen Umsatz von rund 250 Mio €¹²³. Coca-Cola Beverages Austria produziert und vertreibt alkoholfreie Erfrischungsgetränken der Marken TCCC (ua Coca-Cola, Fanta, Sprite), aber auch Fremdmarken (zB Almdudler, Pro-Ego-Kräuterwellnessgetränk¹²⁴ oder Römerquelle¹²⁵).

Die Römerquelle GmbH, die sich bisher im Eigentum der DAKS VermögensverwaltungsgmbH¹²⁶ und der Schweizer Prochaska & Cie GmbH¹²⁷ befand, setzte 2002 mit rund 150 MitarbeiterInnen 150 Mio Liter Mineralwasser ab und erzielte einen Umsatz von knapp 43 Mio €. Die 100%-Tochter Markusquelle setzte mit 18 MitarbeiterInnen 3,65 Mio €¹²⁸ um. Zu den bekanntesten Eigenmarken zählen neben den klassischen Mineralwasserprodukten „Römerquelle“ auch die neue Wellness-Produktlinie „Römerquelle Emotion“, für Danone vertreibt Römerquelle das Mineralwasser „Evian“. Damit zählt Römerquelle nach der zur Ottakringer Brauerei zählenden Vöslauer¹²⁹ zur Nummer zwei am österreichischen Mineralwassermarkt. Dahinter folgen: Waldquelle (Raiffeisen Burgenland), Juvina (Starzinger Oberösterreich) und Gasteiner (Brau AG)¹³⁰.

121) Vgl: www.aussenwerbung.at.

122) Die Angaben über die Anzahl der Beschäftigten divergiert stark, je nach Informationsquelle. Wahrscheinlich liegt der Unterschied darin, ob Vertriebsfirmen ua auch dazugezählt werden.

123) Vgl: Cash Almanach 2003

124) Vgl: http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/coca_cola_roemerquelle.htm

125) Vgl: Standard vom 22. Juli 2003

126) Im Besitz der österreichischen Familien Dreßler, Krammer, Angelo und Steiner

127) Die Prochaska & Cie GmbH ist im Handel mit Getreide- und Futtermittel tätig und hielt bisher die Stimmenmehrheit bei Römerquelle

128) Vgl: Coca-Cola schluckt Römerquelle, APA 21. Juli 2003

129) Vgl: <http://www.roemerquelle.at/> und <http://www.voelslauer.com/>

130) Vgl: Coke belebt mit Römerquelle seine Sinne, derstandard.at, 22. Juli 2003

Prochaska & Cie, die über die Stimmenmehrheit bei Römerquelle verfügen, wollten schon seit einiger Zeit ihre Anteile verkaufen, um sich auf ihr Kerngeschäft (Handel mit landwirtschaftlichen Produkten) zu konzentrieren¹³¹. Als Begründung für den Verkauf an Coca Cola Beverages führten Römerquelle die Sicherung der Marke „Römerquelle“ und somit des Unternehmens und – im Hinblick auf weitere Expansionen in die östlichen Nachbarländer - vor allem die Stärkung der internationale Wettbewerbsfähigkeit an. Wesentlich für die Wahl des Käufers ist wohl auch das Faktum, dass CCBA Römerquelle bereits seit 20 Jahren im Sortiment führt. Die Übernahme traditionsreicher und gut etablierter Unternehmen aus der Nahrungs- und Genussmittelbranche durch Multis schreitet in den letzten Jahren kontinuierlich voran. Wobei der Wassermarkt – sowohl in Österreich als auch weltweit - eine immer wichtigere Rolle spielt. In keinem anderen Bereich werden so hohe Zuwachsraten erzielt wie am Markt für alkoholfreie Getränke. Diese Entwicklung bewog große internationale Firmen in den letzten Jahren verstärkt dazu, gut etablierte, regionale und überregionale Standorte und Marken zu kaufen.

Vor allem die drei großen Nahrungsmittel-Multis Nestlé, Danone und TCCC liegen im globalen Wettstreit um das lebenswichtige „Nass aus der Flasche“. Der weltweite Wassermarkt, mit einem geschätzten Volumen von 38 Mrd € und jährlichen Zuwachsraten um die 10%¹³², gilt als wichtiger, wachstumsstarker Bereich innerhalb des Getränkemarktes. Besonders lukrativ und daher auch wettbewerbsmäßig umkämpft ist hierbei der europäische Markt, mit einem jährlichen Pro-Kopf-Verbrauch von 95 Liter. Europäischer Marktführer ist der Wasser-Weltmarktführer Nestlé Waters, der die Hälfte seines Umsatzes von gut 5 Mrd € (2001) in Europa erzielt, gefolgt von Danone, TCCC liegt an dritter Stelle, drängt aber immer stärker auf den europäischen Wassermarkt, wie auch die Übernahme von Römerquelle zeigt.

Gerichtlicher Vergleich führt zur Freigabe des Zusammenschlusses

Bereits bei der medialen Ankündigung der Übernahme von Römerquelle durch die CCBA äußerten ExpertInnen¹³³ wettbewerbsrechtliche Bedenken. Unabhängig von einer genauen Marktabgrenzung betrafen diese einerseits den Bereich der Gastronomie („immediate consumption“): In diesem Teilsegment nimmt Römerquelle bei Mineralwasser einen Marktanteil von 40%¹³⁴ ein, CCBA wiederum verfügt hier im Bereich der kohlenensäurehaltigen Getränke über eine bedeutende Marktstellung. Andererseits gab es auch für den Bereich der Wellnessgetränke wettbewerbsliche Bedenken: Hier verfügen sowohl Römerquelle mit seiner Produktlinie „Römerquelle-Emotion“ als auch CCBA mit „Almdudler Pro-Ego-Kräuterwellnessgetränk“ (das von CCBA in Lizenz produziert und vertrieben wird) über bekannte Marken, die sich auf die Marktposition der beiden Unternehmen gegenüber den Nachfragern auswirken. Nicht außer Acht zu lassen war zusätzlich die von der CCBA in der Vergangenheit praktizierte wettbewerbsproblematische Rabattgestaltung, die auch zu einem Missbrauchsverfahren gegen CCBA führte¹³⁵.

Die Summe aller Einwände führten dazu, dass sowohl die Bundeswettbewerbsbehörde – auch auf Empfehlung der Bundeswettbewerbskommission – als auch der Bundeskartellanwalt beim Kartellgericht einen Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses stellten. Begründet wurde diese Anträge im Wesentlichen mit den bereits im Vorfeld von ExpertInnenseite geäußerten Bedenken¹³⁶. Um ein lang-

131) Vgl: Geschäft unter alten Bekannten, die presse.com, 22. Juli 2003

132) Vgl: Financial Times Deutschland, 4.Dezember 2003 ;<http://www.ftd.de/ub/in/1070545778083.html?nv=5wn>

133) Ua Arbeiterkammer, Bundeswettbewerbskommission, Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt

134) Vgl: Cash-Almanach 2002 S 547.

135) Vgl: Missbrauchsverfahren M-Preis Warenvertriebs GmbH/Coca Cola Beverages Austria GmbH, in: Fusionen und Übernahmen 2001, Wettbewerbsbericht der AK, Teil 1 Nr 10, S 60.

136) Zur genaueren Begründung siehe: http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/coca_colo_roemerquelle.htm

wieriges Prüfungsverfahren zu vermeiden¹³⁷, erklärten sich die zusammenschlusswilligen Unternehmen in kurzer Zeit zu einer Reihe von Zusagen bereit, die schlussendlich in Form eines gerichtlichen Vergleiches¹³⁸ zwischen der Bundeswettbewerbsbehörde und der CCBA vereinbart wurden. Daraufhin zogen die Amtsparteien ihre Prüfanträge zurück und das Kartellgericht genehmigte auf Basis dieser Verpflichtungserklärung die Übernahme von Römerquelle durch CCBA. Der gerichtliche Vergleich enthält im wesentlichen folgende Punkte¹³⁹:

Im Bereich des direkten Gastronomievertriebes verpflichtet sich CCBA nicht nur eigene Produkte, sondern auch fremden Mineralwasserprodukte die Listung bei CCBA zu ermöglichen und beim Vertrieb von eigenen und fremden Mineralwassermarken keine diskriminierende Preis- und/oder Rabattpolitik anzuwenden. Diese Verpflichtung erfährt jedoch folgende Einschränkung: CCBA muss maximal drei Fremdmineralwässer listen, falls eines dieser Fremdmineralwässer einen Marktanteil von mehr als 3%¹⁴⁰ hat, dann nur zwei. Nicht zu listen hat CCBA die Mineralwässer des marktstärksten Mitbewerbers¹⁴¹ sowie Fremdmineralwässer, deren Abfüller mit Unternehmen verbunden sind, die mindestens 30% der Gastronomiebetriebe mit Getränken beliefern. CCBA verpflichtet sich, im Rahmen des Gastronomievertriebes, Vereinbarungen mit von ihr direkt belieferten Gastronomiekunden und Großhändlern nicht davon abhängig zu machen, dass diese neben den TCCC Produkten auch Produkte der Marke Römerquelle abnehmen. CCBA stellt die Produktion und die Abfüllung von "Almdudler Pro Ego" bis spätestens 30. Juni 2004 ein. CCBA akzeptiert unter bestimmten Umständen, dass 20% der Stellfläche in den von ihr aufgestellten Sichtkühlgeräten im Lebensmitteleinzelhandel mit anderen Getränken als TCCC Produkten befüllt werden dürfen. CCBA verpflichtet sich der Bundeswettbewerbsbehörde Bericht über die Auflagenerfüllung zu erstatten.

Beurteilung der Arbeiterkammer

Grundsätzlich sind durch die, im gerichtlichen Vergleich vereinbarten Verpflichtungen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Bundesarbeitskammer – insbesondere die mögliche Verstärkung der Angebotsmacht von CCBA in Teilsegmenten¹⁴² und der damit verbundenen Gefahr wettbewerbsproblematischer Preis- und Rabattgestaltung – größtenteils beseitigt. Kritisch beurteilt wird allerdings die Einschränkung der Listungsverpflichtung, denn der CCBA wird hiebei ein nicht unbedeutender Entscheidungsspielraum offen gelassen: So könnte die Berechnung der 3%igen Marktanteilsschwelle - bei der Beurteilung der Frage, ob CCBA drei oder nur zwei Fremdmineralwassermarken zu listen hat - in der Praxis zu Auslegungsproblemen führen. Auch ist zu hinterfragen, ob mit einer maximalen Anzahl von drei Fremdmineralwassermarken die „Listungslatte“ für CCBA nicht zu niedrig angesetzt wurde. Hierbei ist zu bedenken, dass es CCBA obliegt, zu entscheiden, welche drei Mineralwassermarken diese Listungsberechtigungen erhalten. Es wird sich noch zeigen, ob die in der Berichtspflicht vorgesehene ex-post-Kontrolle für die Beurteilung der Frage, ob CCBA sein Vertriebssystem in entsprechender Weise für seine Mitbewerber am Mineralwassermarkt geöffnet hat, ausreichen wird.

137) Ein Prüfverfahren kann bis zu vier Monate ab Stellung eines Prüfantrages dauern (vgl § 42 b Z 5 KartG)

138) Dieser gerichtliche Vergleich ist auch exekutionsfähig.

139) Genauere Ausführungen siehe: http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/coca_cola_roemerquelle.htm

140) Gemessen an den gesamten Mineralwasserverkäufen in Österreich

141) Eigene Anmerkung: Das wäre derzeit Vöslauer

142) Va gegenüber der Gastronomie, im Lebensmitteleinzelhandel ist diese Gefahr aufgrund der bestehenden Nachfragemacht weniger evident.

5.2.6. Unternehmenszusammenschlüsse zwischen Pharma-großhändlern und Apotheken

Rudolf N Reitner

Der Erwerb von 49% der Anteile an der M-Apotheke durch die H-GmbH

Das Kartellgericht prüfte im vergangenen Jahr den Erwerb von Beteiligungen an Apotheken durch Pharma-Großhandelsunternehmen und kam dabei zu wesentlichen Ergebnissen hinsichtlich der Beurteilung von Zusammenschlüssen in dieser Branche. Im skizzierten Fall handelte es sich um den Erwerb von 49% der Anteile an einer Apotheke durch die H-GmbH, „eine 100%-Tochter der H-AG, ... einen führenden österreichischen Pharmagroßhändler“ dessen „Marktanteil ... am pharmazeutischen Großhandel ... in den letzten Jahren ... von über 50% auf rund 47% gesunken (sei)“. (Es lässt sich unschwer erkennen, dass es sich bei der H-AG um die Herba Chemosan Apotheker AG, ein Tochterunternehmen der Deutschen GEHE AG handelt, welche ihrerseits dem Celesio Konzern angehört; nach eigenen Angaben ist Celesio der europäische Marktführer im Bereich der Pharma-Distribution mit einem Jahresumsatz 2002 von 18,4 Mrd € und etwa 25.000 Beschäftigten; Celesio verfügt auch über knapp 1.900 eigene Apotheken in Europa. Herba-Chemosan erreichte 2002 mit einem Umsatz von 943 Mio € in Österreich einen Marktanteil von 48%; siehe www.herba-chemosan.at. Herba-Chemosan verfügt in Österreich bereits über eine Reihe von Beteiligungen an Apotheken, „wobei der Anteil dieser ... am gesamten Apothekenmarkt unter 2% betrage“.

Die vom Bundeskartellanwalt beantragte Prüfung des Zusammenschlusses wurde damit begründet, „dass die ... sich ... häufenden Beteiligungen des Pharmagroßhandels an Apotheken ... Teil einer mittel- und langfristigen Strategie (seien) die auf eine verstärkte vertikale Integration abziele“. „So würden einerseits Marktanteile im Retail-Geschäft gesichert ... und andererseits sei man damit im Falle des Wegfalles des bestehenden Kettenverbotes bei Apotheken positioniert“. Letztlich wäre zu erwarten, dass weniger finanzkräftige Konkurrenten verdrängt würden; die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Muttergesellschaft der Anmelderin werde durch den Erwerb verstärkt. Auf Basis eines Sachverständigengutachtens ergab sich für das Kartellgericht folgendes Bild:

- Als räumlich relevanter Markt ist wegen der unterschiedlichen Regulierungsmaßnahmen der einzelnen Staaten das Bundesgebiet Österreichs anzusehen. Als sachlich relevanter Markt wird sowohl der Markt des Detailhandels für Arzneimittel als auch (und vor allem) jener des Großhandels für apothekenpflichtige Arzneimittel angesehen.
- Die Anmelderin (bzw deren Muttergesellschaft) als Marktführerin mit ca 46%, die P-GmbH mit ca 18% sowie die K-GmbH und die mit ihr zusammengeschlossene M-GmbH mit ca 20% erreichen als Großhändler zusammen einen Marktanteil von über 80% am öffentlichen Apothekenmarkt. Dieser weist somit einen hohen Konzentrationsgrad auf.
- Durch die bestehenden Regulierungen des Pharmamarktes werden den Großhändlern wesentliche Einflussnahme-Möglichkeiten auf Mengen, Preise und Qualität der Produkte genommen.
- Die gesetzlich zulässigen Höchstspannen lassen sich von den Großhändlern gegenüber den Apotheken nicht durchsetzen.
- Preis-(Rabatt)Wettbewerb zwischen den Großhändlern kommt nicht den Konsumenten zugute sondern führt zu einer Umverteilung zugunsten der Apotheken.

- Absatzsteigerungen und höhere Preise lassen sich für Großhändler durch Einflussgewinnung auf das Bestellverhalten der Apotheken – etwa durch direkte Beteiligungen an diesen – erreichen.
- „Die Beteiligung an Apotheken ist daher zentraler Teil der Strategie, Marktmacht zu festigen und auszubauen. Die drei größten in Österreich tätigen Großhändler streben daher danach, sich durch Vorwärtsintegration in die Ebene des Detailhandels einzukaufen.“
- Für den erwerbenden Großhändler steigen sowohl Marktanteil als auch Preise (geringere Rabatte an die erworbenen Apotheken).
- Für die übrigen Pharmagroßhändler verkleinert sich der „Restmarkt“, der Preiswettbewerb auf diesem wird intensiver.
- Somit findet durch die Übernahme von Apotheken durch Großhändler „eine Umverteilung von den Apotheken zum Großhandel hin statt, die im Lichte der Rentabilität der Apotheken wettbewerbspolitisch nicht bedenklich ist.“

Schließlich kam das Kartellgericht zur Auffassung, dass „im Falle einer Beteiligung eines Großhändlers auf dem Apothekenmarkt von unter 3% ... jedenfalls derzeit nicht davon ausgegangen werden (kann), dass sich die Marktstellung des betreffenden Großhändlers auf dem Großhandelsmarkt durch einen Zusammenschluss wie den gegenständlichen verstärken würde.“ „Im vorliegenden Fall (konnte) nicht festgestellt werden, dass durch den angemeldeten Zusammenschluss die Marktstellung der H-AG als Großhändler auch unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Apothekenbeteiligungen verändert, insbesondere verstärkt würde ...“. Es wurde daher die Nichtuntersagung des Zusammenschlusses ausgesprochen.

Faktisch wird durch die Entscheidung des Kartellgerichtes eine Grenze (3%) für Beteiligungen des Pharmagroßhandels an Apotheken als Richtlinie für künftige derartige Zusammenschlüsse eingeführt, was aus wettbewerbspolitischer Sicht zu begrüßen ist. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat mitgeteilt (7/03), dass sie eine über die Beteiligungsfrage hinausgehende Untersuchung der Beziehungen zwischen Pharmagroßhändlern und Apotheken durchführe.

5.2.7. Missbrauchsverfahren Easycash gegen Europay

Dorothea Herzele

Einleitung

Die Deutsche Easycash¹⁴³, eine frühere Tochtergesellschaft der Deutschen Bank, brachte gegen Europay Austria¹⁴⁴, einem Gemeinschaftsunternehmen der österreichischen Bankinstitute, beim Kartellgericht eine Klage wegen Missbrauchs der marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für POS¹⁴⁵-Zahlungssysteme („Bankomat-Kassen-Systeme“) ein. Das Kartellgericht bestätigte diese Missbrauchs-

143) Vgl: <http://www.easycash.de>

144) Vgl: <http://www.europay.at>

145) Point-of-sale, also der Kassenbereich

klage und erklärte die Einhebung von überhöhten Transaktionsgebühren (Interchange Fees) für rechtswidrig. Darüber hinaus stellte das Gericht auch antragsgemäß ein Absichtskartell zwischen Europay und ihren Gesellschaftern (den österreichischen Banken) fest.

Der Markt für bargeldlosen Zahlungssysteme

Immer mehr KundInnen in Österreich zahlen ihre Einkäufe nicht mehr in bar, sondern mit ihrer Bankomatkarte. Von 1998 bis 2002 ist der Anteil des bargeldlosen Einkaufs im Einzelhandel von 6,5% auf 21,5% angewachsen¹⁴⁶. Im Jahre 2003 gab es in Österreich bereits über 6 Mio Bankomatkarten (Maestro-Karten¹⁴⁷), über 73.000 Bankomatkassen, die Umsätze mit Bankomatkarten beliefen sich auf 8,3 Mio Euro¹⁴⁸, Tendenz steigend.

Die wesentlichen Anbieter von Abbuchungssysteme für den unbaren Zahlungsverkehr (Acquiring-Geschäft) sind in Österreich die Europay, die mit einem Marktanteil von 88%¹⁴⁹ den Markt klar dominiert, die Deutsche Easycash (Marktanteil von 6%¹⁵⁰) und die Hobex, einem Gemeinschaftsunternehmen des Raiffeisenverbandes Salzburg und der APPS¹⁵¹. Nachgefragt wird diese Dienstleistung vorwiegend von Unternehmen aus den Bereichen Handel und Tourismus.

Bei den Abbuchungssystemen gibt es zwei Abrechnungsverfahren: Im PIN-Code-Verfahren hat der Kunde neben seiner Bankomatkarte einen PIN-Code (Geheimnummer zur Legitimationsüberprüfung des Kunden) ins Bankomatkartengerät einzugeben. Dieses PIN-Code gesicherte Bezahlen wird in Österreich nur von der Marktführerin Europay angeboten. Beim zweiten Verfahren, dem Lastschriftverfahren, das von Easycash¹⁵² und Hobex angewendet wird, liest das Gerät von der Bankomatkarte die Kontonummer und die Bankleitzahl ab, anschließend willigt der Kunde mittels Unterschrift in die Abbuchung des Betrages von seinem Girokonto ein. Bei beiden Verfahren wird das Konto des Kunden sofort belastet.

Der eigentliche Zahlungsvorgang läuft wie folgt ab: Der Kunde kauft zB eine Ware um 100 € ein, die Bezahlung erfolgt mittels Bankomatkarte (entweder mit PIN-Code-Eingabe oder mittels Unterschrift). Beim Eingeben der Bankomatkarte in das Terminal werden die Daten des zahlenden Endkunden von der Karte (Magnetstreifen) abgelesen und als Datensatz an ein Rechenzentrum übermittelt. Dieses führt das „Clearing“ durch, dh dem Kunden wird der Rechnungsbetrag von 100 € von dem zur Bankomatkarte gehörenden Girokonto abgebucht. Gleichzeitig erfolgt die Überweisung des Rechnungsbetrages abzüglich eines Disagios an das Handelsunternehmen. Die Höhe dieses Disagios errechnet sich wie folgt: Einerseits behält sich die Bank des Kunden einen bestimmten Betrag ein (sog „Interchange-Fee“), andererseits verlangt auch der Acquirer (also zB Europay, Easycash oder Hobex) für seine Dienstleistung eine Gebühr; die Summe dieser beiden Gebühren (ca 0,8% - 2% je nach Umsatz und Acquirer) wird als Disagiogebühr bezeichnet¹⁵³. Der Wettbewerb zwischen den einzelnen Acquirer findet vor allem über die Höhe dieser Disagiosätzen statt. Welche Rolle die Höhe dieser Gebühren bei der Entscheidung über den Einsatz eines bargeldlosen elektronischen Zahlungssystem spielen, zeigt auch

146) Vgl Plastikgeld: Gericht ortet Bankenkartell, diepresse.com, vom 21. Jänner 2004

147) Maestro-Karten können international eingesetzt werden. Sie haben Ende 2001 die Bankomat- bzw EC-Karten ersetzt.

148) Zum Vergleich: 1998 gab es rund 3,2 Mio Bankomatkarten, 19.000 Bankomatkassen und einen Umsatz mit Bankomatkarten in der Höhe von 2,06 Mio € (Quelle: <http://www.maestro.at>)

149) Vgl: Plastikgeld: Gericht ortet Bankenkartell, diepresse.com, vom 21. Jänner 2004

150) Vgl: Ebendort

151) Vgl: Zusammenschluss APSS –Hobex AG, Rudolf Reitzner, Wettbewerbsbericht der AK, 2002 Teil 1, S 94.

152) ZB arbeitet Peek & Cloppenburg mit dem easycash-System.

153) Vgl: Zusammenschluss APSS –Hobex AG, Rudolf Reitzner, Wettbewerbsbericht der AK, 2002 Teil 1, S 94.

eine Befragung des Handelsverbandes: 250 führende Unternehmen des österreichischen Handels bewerteten das Kriterium „betriebswirtschaftlich vertretbarer Disagiosätze“ auf einer 10-Punkteskala mit einer Durchschnittsnote von 8,5¹⁵⁴.

Die Entscheidung des Kartellgerichtes

Bereits 1998 hat die Marktführerin Europay in einem Bankomatvertrag mit ihren Gesellschaftern (das sind fast alle österreichischen Bankinstitute) vereinbart, dass für nicht von ihr verwendete Systeme zur Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs (eigene Anmerkung: Wie zB das Lastschriftverfahren, das von den Konkurrenten Easycash und Hobex verwendet wird) pro Transaktion eine fixe Gebühr („Interchange-Fee“) von fünf Schilling (also rund 0,36 Cent) zu verlangen ist. Durch diese fixe Gebühr wurden vor allem kleine Transaktionen deutlich verteuert. Auf Antrag des Mitbewerbers Easycash hat das Kartellgericht Ende 2003 festgestellt, dass diese Transaktionsgebühr im Verhältnis zu der dafür erbrachten Leistung sachlich unangemessen sei und Europay damit ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für POS-Zahlungssysteme missbräuchlich ausgenutzt hat. Damit erklärte das Kartellgericht die Einhebung von überhöhten Transaktionsgebühren („Interchange-Fees“) für rechtswidrig. Auch mit der im Bankomatvertrag getroffene Vereinbarung, wonach sich die Gesellschafter von Europay nur mit ihrer Zustimmung an Mitbewerbern von Europay beteiligen dürfen, nütze Europay ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus. Darüber hinaus stellte das Kartellgericht auch ein Absichtskartell fest und begründet dies damit, dass Europay mit ihren Gesellschaftern (also den Banken) durch eine Vereinbarung im Bankomatvertrag auf eine Beschränkung des Wettbewerbs hingearbeitet hätte. Die Entscheidung des Kartellgerichtes ist allerdings noch nicht rechtskräftig und wird von Europay angefochten.¹⁵⁵

Beurteilung der Arbeiterkammer

Diese Entscheidung des Kartellgerichtes ist ein weiterer wichtiger Schritt in Richtung mehr Wettbewerb am Markt für POS-Zahlungssysteme. Denn die Höhe der Interchange-Fees, als Teil der Disagiogebühren, spielen auf diesem Markt eine wichtige Rolle. Bereits im Missbrauchsverfahren Hobex gegen die Bank Austria und Creditanstalt hat der Paritätische Ausschuss in seinem Gutachten die Höhe der Interchange-Gebühren, die die BA-CA gegenüber Hobex verrechnetete, als „dazu geeignet angesehen, es der Hobex zu verwehren, dauerhaft mit Europay in Konkurrenz zu treten“¹⁵⁶. In diesem Gutachten äußerte der Paritätische Ausschuss bereits damals die Ansicht, dass die Bestimmung über die Interchange-Gebühr im Rahmen des Bankomatvertrages zwischen Europay und ihren Gesellschaftern als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gesehen werden kann¹⁵⁷. Das gerichtliche Verfahren wurde jedoch aufgrund des Zusammenschlusses zwischen Hobex und APPS eingestellt¹⁵⁸.

Sollte das Kartellobergericht die Entscheidung des Kartellgerichtes im Fall „Easycash gegen Europay“ bestätigen, bedeutet dies, dass zukünftig den Wettbewerbern von Europay keine unangemessenen Gebühren („Interchange Fees“) mehr verrechnet werden dürfen. Außerdem ist die, auch nur teilweise Durchführung eines Absichtskartells ohne rechtskräftige Genehmigung durch das Kartellgericht gemäß § 18 Abs 1 Z 1 KartG verboten. Sollte also das vom Kartellgericht festgestellte Absichtskartell zwischen Europay und ihren Gesellschafter (also den Banken) auch vom Kartellobergericht bestätigt werden, so

154) Vgl: Bargeldlose Zahlungsmittel gewinnen weiter an Boden, Informationen für Handel & E-Commerce, eine Publikation des Handelsverbandes, 8. Jg 3-4/2002, S 6

155) Vgl: Plastikgeld: Gericht ortet Bankenkartell, diepresse.com, vom 21. Jänner 2004

156) Vgl Missbrauchsverfahren Hobex AG/BA-CA, Wettbewerbsbericht der AK 2001 Teil 1, S 60.

157) Der Paritätische Ausschuss hat damit implizit bereits im Jahre 2000 auf ein mögliches Kartell hingewiesen

158) Vgl: Zusammenschluss APSS/Hobex AG, Rudolf Reitzner, Wettbewerbsbericht der AK, 2002 Teil 1, S 94

könnte den einzelnen Kartellmitgliedern eine saftige Geldstrafe drohen: Wird nämlich ein Kartell in verbotener Weise durchgeführt, so hat das Kartellgericht – seit der Kartellgesetznovelle 2002 - auf Antrag einer der beiden Amtsparteien eine Geldstrafe zu verhängen, die bis zu 10% der, von dem Einzelnen am Kartell beteiligten Unternehmer im letzten Geschäftsjahr erzielten weltweiten Umsatzerlöse¹⁵⁹ betragen kann.

5.2.8. Schnurlostelefon

Mathias Grandosek

Ausgangslage

Die Telekom Austria hat im Jahr 2002 damit begonnen, das Schnurlostelefon Flexitel FT400 über ihre Vertriebskanäle in zwei verschiedenen Varianten anzubieten. In der ersten Variante wurde das Telefon zum Normalpreis von 99,90 € zum Kauf angeboten und konnte uneingeschränkt wie jedes andere Telefon benutzt werden, in der zweiten Ausführung war das Telefon werkseitig bereits auf das Netz der Telekom Austria eingestellt und wurde vergünstigt um 49,90 € verkauft. Dieses vergünstigte Gerät wurde in der Öffentlichkeit auch besonders beworben.

Im Mobilfunksektor kennt man solcherlei Gerätesubventionen bereits seit längerem: Den Kunden werden mit einem Vertrag zu besonders günstigen Preisen die Endgeräte mitgeliefert, diese sind aber in der Regel „SIM-gelockt“, dh dass sie so eingestellt sind, dass sie nur im Netz des jeweiligen Anbieters funktionieren. Diese Netzsperrungen können zwar aufgehoben werden, in der Regel erfolgt dies aber nicht kostenlos. Solche Angebote sind bei allen Mobilnetzbetreibern generell üblich.

Im Festnetzbereich sind allerdings die Rahmenbedingungen anders. Der Wettbewerb im Festnetzsektor im Privatkundensegment funktioniert hauptsächlich über sogenannte Verbindungsnetzbetreiber. Das heißt, dass der eigentliche Telefonanschluss in den meisten Fällen von der Telekom Austria hergestellt wird und die Konsumenten auch Kunden der TA sind und an diese die Grundgebühren und die Gesprächsgebühren die über das TA-Netz geführt werden, bezahlen.

Verbindungsnetzbetreiber stellen keine Anschlüsse bis zu den Wohnungen her, sondern können dadurch in Anspruch genommen werden, dass eine bestimmte Betreibervorwahl gewählt wird und man dadurch mit dem Netz dieses Verbindungsnetzbetreibers verbunden wird und man somit in diesem telefonieren kann. Diese Betreibervorwahl kann entweder bei jedem Gespräch manuell vorgewählt werden („call-by-call“) oder kann fix voreingestellt sein („preselect“), sodass automatisch jedes Gespräch über den ausgewählten Verbindungsnetzbetreiber (VNB) geführt wird. Diese Voreinstellungen muss die TA auf Antrag aufgrund der Verpflichtungen aus dem Telekommunikationsgesetz und ihrer beherrschenden Marktmacht in ihrem Wähleinrichtungen vornehmen.

159) Vgl: § 142 Z 1 lit a KartG.

Auch die Nutzung von VNB's im Wege des „call-by-call“ muss die TA erlauben. Dies ergibt sich auf Grund der nationalen und auch der europäischen Bestimmungen.

Die Telekom Austria hat nun auch im Festnetzbereich ein vergünstigtes Telefon eingeführt, welches so programmiert ist, dass es vor dem eigentlichen Wählvorgang automatisch die Netzvorwahl 1001 (Netzvorwahl der TA) vorwählt und somit immer ins Netz der TA telefoniert. Benützer eines solchen Telefones konnten somit auf den ersten Blick andere Verbindungsnetzbetreiber nicht in Anspruch nehmen. Wollten Käufer dieses Telefones diese werkseitigen Einstellungen von der TA aufheben lassen, so wurde ihnen ein Betrag von 50 € in Rechnung gestellt.

Verfahren der Telekom Control Kommission

Die Telekom Control Kommission (TKK) als Telekom-Regulierungsbehörde leitete daher ein Verfahren ein, da die Telekom Austria als marktbeherrschende Betreiberin nach europäischen und nationalen Normen den Zugang zu Verbindungsnetzen ermöglichen muss und die TKK daher vermutete, dass in diesem Fall das TKG verletzt wurde. Im Laufe des Verfahrens stellte sich allerdings heraus, dass dieses voreingestellte Wählen des Netzbetreibercodes der TA nicht unabänderlich war, sondern relativ leicht auch von den Telefonnutzern selbst ausser Kraft gesetzt werden konnte, indem vor einem Gespräch längere Zeit die „R“ Taste betätigt wird. Auf diese Möglichkeit wurde allerdings von der TA nicht hingewiesen. Die voreingestellte Version des FlexiTel FT 400 hatte auf Verpackung und Bedienungsanleitung folgende Aufschrift: "Nur zum Betrieb und für Verbindungen über das Netz von Telekom Austria geeignet".

Da es somit entgegen der ursprünglichen Annahme sehr wohl möglich war mit diesem Telefon über andere Netze zu telefonieren, konnte kein TKG-relevanter Tatbestand festgestellt werden. Somit war die Telekom Control Kommission für diesen Sachverhalt nicht zuständig. Sie beantragte aber daraufhin beim Kartellgericht ein Verfahren, da sie durch die Vorgangsweise der TA eine Verletzung des Wettbewerbsrechtes vermutete. Dieser Antrag beinhaltete, der Antragsgegnerin aufzutragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung durch den Verkauf von Schnurlosendgeräten, die den Anschein erwecken, dass der Verbindungsnetzbetrieb gesperrt sei, sowie durch das Vorenthalten der Entsperrinformation bezüglich des verfahrensgegenständlichen Endgerätes abzustellen.

Kartellgerichtsverfahren

Auf Basis des Antrags der TKK kam es zu einem Kartellgerichtsverfahren bei dem der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 35 KartG beurteilt werden sollte.

Im Zuge dieses Verfahrens argumentierte die Telekom Austria, dass der relevante Markt für die Beurteilung dieses Sachverhaltes der Markt für Endgeräte sei, auf dem sie aber nicht marktbeherrschend ist. Zudem wurde vorgebracht, dass sich die Kunden ca 50% des Gerätepreises für eine Funktionalität des Gerätes ersparen, die sie weder brauchten noch wünschten, weil sie sich ohnehin schon für die TA als Netzbetreiber entschieden hätten. Es bestehe auch keine Abnahmeverpflichtung und es werden auch keine zusätzlichen Preisnachlässe auf die Telefentarife gewährt, die zu einer faktischen Bindung des Kunden an die TA führen würde.

Das Erstgericht folgte diesen Argumenten jedoch nicht. „Es spiele keine Rolle, ob der Missbrauch auf dem beherrschten oder auf einem benachbarten Markt stattfindet, weil zwischen dem Endgeräte-Markt und dem Festnetzsprachtelefoniemarkt ein enger Zusammenhang bestehe. Zwar sei nicht jede Behinderung schon an sich als missbräuchlich anzusehen, aber das den Markt kontrollierende Unternehmen

sei im besonderen Maße gehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Der Verkauf von voreingestellten Geräten ohne Entsperrmöglichkeit würde sich auf dem von der Antragsgegnerin beherrschten Markt der Festnetzsprachtelefonie im Sinne einer Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten dritter Unternehmer (alternativer Netzbetreiber) auswirken ... Der Vertrieb von Geräten mit dem - unrichtigen - Hinweis, dass sie nur zum Betrieb und für Verbindungen über das Netz der Antragsgegnerin geeignet seien, sowie das Vorenthalten der Entsperrinformation bringe mit sich, dass die Konsumenten von der Inanspruchnahme des Telekommunikationsnetzes eines alternativen Netzbetreibers ausgeschlossen würden. Der gegenständliche Sachverhalt sei daher rechtlich mit jenem des Verkaufs "unentsperrbarer" Geräte gleichzusetzen und stelle somit einen unzulässigen Behinderungswettbewerb im Sinne des § 35 KartG dar ... Es bedürfe einer klaren Informationen der Kunden" (OGH, Beschluss vom 17. November 2003).

Auch dem Rekurs der TA beim OGH als Kartellobergericht wurde nicht stattgegeben. Somit wurde hier eindeutig der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt, da die notwendigen Entsperrinformationen den Kunden vorenthalten bzw nicht in einem ausreichenden Maß zur Kenntnis gebracht wurden.

Schlussbemerkungen

Interessant bei diesem Fall ist die Tatsache, dass hier eindeutig ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Sprachtelefoniemarkt festgestellt wurde, der ausgelöst wird durch eine Maßnahme der TA auf einem gänzlich anderen Markt, nämlich dem Endgeräte-Markt, auf dem sie nicht marktbeherrschend ist. Der OGH stellte hier klar, dass es für den Missbrauch nicht unbedingt erforderlich ist, dass die Behinderungsmaßnahmen auf dem beherrschten Markt erfolgen. Vielmehr kann jedes Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich angesehen werden, das dazu geeignet ist die Strukturen eines Marktes zu beeinflussen, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist.

5.2.9. Missbrauchsverfahren der U-GmbH gegen den Hauptverband der Sozialversicherungsträger

Rudolf N Reitzner

Ähnlich wie im ebenfalls in diesem Heft skizzierten Fall M S & D GmbH gegen den Hauptverband ging es auch hier um eine Auseinandersetzung hinsichtlich des Preises eines im Heilmittelverzeichnis enthaltenen Arzneimittels. Die U-GmbH stellte beim Kartellgericht den Antrag, dieses möge aussprechen, dass der vom Hauptverband abgelehnte Preiserhöhungsantrag den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle, bzw dass die beantragte Preiserhöhung und das gleichzeitig erstellte Angebot, die für die Sozialversicherungsträger ansonsten entstehenden Mehrkosten selbst zu übernehmen (sogenannte Refaktie), von der Antragsgegnerin genehmigt werde (Der erhöhte Preis wäre

dann „nur“ von jenen Patienten zu bezahlen gewesen, die keine Leistungen von Sozialversicherungsträgern in Anspruch nehmen; Anm d Verf).

Hinsichtlich der Position des Hauptverbandes bei der Bestimmung der Bedingungen zur Vermarktung von Arzneimitteln wurde von der Antragstellerin ähnlich wie im genannten „Vergleichsfall“ argumentiert (Verfahren zur Aufnahme von Arzneimitteln in das Heilmittelverzeichnis, Bestimmung der Preise, etc). Der Hauptverband wäre somit auf dem österreichischen Markt „für die Nachfrage nach Arzneimitteln marktbeherrschend, ... man (könne) sogar von einem Nachfragemonopol ausgehen“. Zusätzlich wurde angeführt, dass für das Konkurrenzprodukt einer anderen Firma fast gleichzeitig ein deutlich höherer Preis genehmigt worden wäre, was eine sachlich nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dargestellt hätte. Demgegenüber bestritt der Antragsgegner ein missbräuchliches Verhalten und behauptete die Unzulässigkeit des Rechtsweges.

Das Kartellgericht kam (Juni 2003) zur Erkenntnis, dass der Rechtsweg für die gestellten Anträge nicht zulässig ist. Der Antragsgegner ist „jedenfalls auch als Verwaltungsbehörde tätig.“ Mit der 60. ASVG-Novelle (Oktober 2002) wurde ua die Aufnahme von Arzneispezialitäten in das Heilmittelverzeichnis ab dem genannten Zeitpunkt geregelt. Es wurde „eine eigene unabhängige Entscheidungsbehörde als Rechtsmittelinstanz über die Entscheidung des Hauptverbandes, die unabhängige Heilmittelkommission ... als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag“ installiert. „Gerade auch eine Erhöhung der Preise unterliegt ... dem neu geregelten Verfahren ... und damit der Entscheidung durch den Hauptverband der Sozialversicherungsträger im hoheitlichen Verfahren mit Rechtsmittelzug zur unabhängigen Heilmittelkommission.“

Weiters kam das Kartellgericht zur Auffassung, dass es sich beim Hauptverband – entgegen dessen Ansicht – „um kein Monopol im Sinne des § 5 Abs 1 Z 2 KartG (handelt), wonach die Abschnitte II bis IV des KartG nicht auf staatliche Monopolunternehmen anzuwenden sind, soweit sie in Ausübung der ihnen gesetzlich übertragenen Monopolbefugnisse tätig werden. ... Die Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband wurden ... weder zum Zeitpunkt der Einführung des § 5 Abs 2 Z 3 KartG zu den staatlichen Monopolen gerechnet, noch sind sie heute als Monopol ... anzusehen.“ Ausführlich wurde auch die Frage untersucht, ob es sich bei den Sozialversicherungsträgern um Unternehmer handelt und ob sie – abhängig von der Beantwortung dieser Frage – der Missbrauchsaufsicht (§ 35 KartG) unterliegen.

In diesem Zusammenhang wurde vom Kartellgericht auf das EuGH-Urteil im Fall Poucet/Pistre (C-159/91) bezug genommen, in welchem hinsichtlich des Unternehmensbegriffs im Sinne Art 85 (81) und 86 (82) des EWG (EG)-Vertrages festgehalten wird, dass der „Begriff des Unternehmens ... jede wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit umfasst. Davon ausgeschlossen seien ... die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirkenden Einrichtungen, die eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen und eine Tätigkeit ohne Gewinnzweck ausüben, die auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhe. ... Krankenkassen oder Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken (erfüllen) eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Diese Tätigkeit ... wird ohne Gewinnzweck ausgeübt. ... Folglich ist diese Tätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit und die mit ihr betrauten Einrichtungen sind auch keine Unternehmungen ...“

Im Urteil des EuGH zur Sache Fenin/EU-Kommission wurde (3/2003) ausgesprochen, dass der „Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit, der ein Unternehmen definiert, nicht durch die Einkaufstätigkeit, sondern durch das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt gekennzeichnet ist. ... Kaufe daher eine Einrichtung ein Erzeugnis – auch in großen Mengen – nicht ein, um Güter oder

Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, zB einer rein sozialen Tätigkeit zu verwenden, wäre sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiere. ...Eine solche Einrichtung (vermöge) eine erhebliche Wirtschaftsmacht auszuüben, die ... zu einem Nachfragemonopol führen könne. Dies ändere jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nicht wirtschaftlicher Natur sei und sie daher nicht als Unternehmer im Sinne der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handle und daher nicht unter die in Art 81 und 82 EG vorgesehenen Verbote falle.“ Den skizzierten Ausführungen schloss sich das Kartellgericht an und führt diesbezüglich aus: „Dies muss ... im vorliegenden Fall für die Tätigkeit des Hauptverbandes ... umso mehr gelten, als dieser nicht einmal Erzeugnisse kauft, um sie im Rahmen einer rein sozialen Tätigkeit zu verwenden, sondern lediglich Bedingungen festlegt, zu denen er zum Ersatz solcher, von anderen besorgter Erzeugnisse zu bestimmten Preisen bereit ist. Es ist daher ... die Unternehmenseigenschaft der Antragsgegnerin äußerst fraglich. Keinesfalls kann ... ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin abgeleitet werden.“ Dementsprechend wäre „das Begehren der Antragstellerin ... auch inhaltlich abzuweisen.“

Kurz resümierend kann daher festgehalten werden, dass vom Kartellgericht der Hauptverband zwar als kein Monopol im Sinne des § 5 KartG angesehen wird (und er damit auch nicht von der Missbrauchsaufsicht ausgenommen wäre). Allerdings wird die Unternehmereigenschaft des Hauptverbandes verneint (bzw stark in Zweifel gezogen). Damit kann er auch nicht als marktbeherrschender Unternehmer betrachtet werden, unterliegt also auch nicht der Missbrauchsaufsicht). Jedenfalls kann kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden. Darüber hinaus ist der Rechtsweg für die gestellten Anträge unzulässig. Die Anträge wurden daher von Kartellgericht zurückgewiesen.

6. BERICHTE ÜBER REGULIERUNGS- UND WETTBEWERBSBEHÖRDEN

6.1. Bundeswettbewerbsbehörde

6.2. Tätigkeitsbericht 2003 der Amtspartei Bundeskartellanwalt¹⁶⁰

Alfred Mair

Zusammenschlüsse

Abschluss von im Jahr 2002 begonnenen Prüfungsverfahren

Schon 2002 konnte beobachtet werden, dass der Apothekengroßhandel sich in zunehmenden Maß an Apotheken beteiligt. Auch deuteten mehrere Indizien darauf hin, dass langfristig Kettenbildungen beabsichtigt sind. Nach zwei – zunächst durch den Bundeskartellanwalt initiierten - Musterverfahren (HC Beteiligungsgesellschaft mbH - Mariahilf-Apotheke Mag pharm Alfred Weißenegger KG 27Kt446,486/02 sowie PHOENIX Arzneiwarengroßhandlung GmbH - Apotheke zur Austria, Rumpler & Mag Baier OHG 27Kt443,487/02) ergingen im Frühjahr 2003 die Beschlüsse des Kartellgerichts, die zum Schluss kamen, dass bei einer Beteiligung eines Großhändlers von mehr als drei Prozent an der Anzahl der Apotheken die jeweilige Beteiligung „angehalten“ wird, um ein Gleichziehen der übrigen Großhandelsunternehmen zu ermöglichen und die Dominanz eines einzigen Großhändlers zu vermeiden.

Anträge auf Prüfung eines Zusammenschlusses

Die Amtspartei Bundeskartellanwalt stellte in 7 Verfahren einen Prüfungsantrag:

KA 6/03-2 (26Kt492/02,26Kt16,26/03)	1)"SARIA" Holding AG 2)MEDICUR-Holding Gesellschaft mbH 3) Dr Heinrich Schuster Beteiligungsgesellschaft m.b.H.	Ergb: Mit Auflagen bewilligt Bem:
KA 45/03-1 (26Kt43,98,104/03)	Random House GmbH - Ullstein Heyne List GmbH & CoKG	Ergb: Durch Rückziehung der Anmeldung beendet Bem:
KA 88/03-1 (24Kt96,135,137/03)	1) Österreichische Bundesbahnen 2) Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft - Österreichische PostBus AG	Ergb: Bewilligt Bem:
KA 110/03-1 (29Kt127,155/03)	Cisco Systems, Inc - Erwerb d The Linksys Group durch Lion Acquisition LCC	Ergb: Bewilligt Bem:
KA 138/03-1 (25Kt160,207,214/03)	1) Fröschl AG & Co KG 2) Asphalt & Beton GmbH Nfg OHG - Asphaltmischanlage Kitzbühel GmbH	Ergb: Abgewiesen, da kein Zusammenschluss, Feststellung dass es sich um ein Absichtskartell handle Bem:
KA 310/03-1 (29Kt435,481,482/03)	Coca-Cola Beverages Austria GmbH – Römerquelle GmbH	Ergb: Mit Auflagen bewilligt Bem:

160) Dieser Beitrag wurde vom Bundeskartellanwalt Dr Alfred Mair der Arbeiterkammer dankenswerter Weise zur Verfügung gestellt.

KA 357/03-1 (26Kt478,516,519/03)	1)Ursula Moser 2)Peter Moser 3)P.M. Holding GmbH 4)Oswald Moser 5)OM Holding GmbH 6)Hubert Moser 7)HKM Handels u Beteiligungs GmbH 8)Ivo Moser 9)ATI Holding GmbH 10)Stephan Moser	Ergb: Mit Auflagen bewilligt	Bem:
KA 304/03-1 (27Kt410/03)	HC Beteiligungsgesellschaft mbH - "Apotheke zum alten Mörser" Mag pharm S Kanzler-Gröbner KG, Linz	Ergb: Bewilligt	Bem:
KA 309/03-1 (27Kt434/03)	PHOENIX Arzneiwarengroßhandlung GmbH - Apotheke "Zur Mariahilf" Mr Franz Schweder KG	Ergb: Bewilligt	Bem:

Die Verfahren Saria Holding/Medikur, Coca-Cola Beverages/Romerquelle, Ursula Moser uA endeten in Auflagen.

Die Anmeldung der Zusammenschlusswerber in der Sache Random House/Ullstein List wurde nach der Stellung eines Prüfungsantrages seitens des Bundeskartellanwaltes und der Bundeswettbewerbsbehörde und anschließenden Verhandlungen von den Anmeldern zurückgezogen und nicht mehr neu angemeldet, es kam folglich zu einem Verbot der Durchführung des Zusammenschlusses. Letztendlich kaufte Random House (Bertelsmann) nur einen kleinen Teil, die Wilhelm Heyne Verlags GmbH, der bedeutend größere Teil der Ullstein Heyne List GmbH wurde an die Bonnier Media Deutschland GmbH verkauft.

In dem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die im Jahr 2002 zurückgezogene Anmeldung in der Sache 25Kt283,329,338/02 1. FAG Kugelfischer Georg Schäfer AG 2. SNFA SA nochmals – unter der Beteiligung eines Finanzinvestors (M.3093 - INA / AIG / SNFA) am 22.09.2003 bei der Europäischen Kommission angemeldet wurde und nach Übermittlung der Beschwerdepunkte nochmals zurückgezogen wurde.

In der Sache Fröschl AG/Asphalt & Beton, einer Tochter der Strabag Alspahltmischanlage Kitzbühel wurde seitens des Kartellgerichtes festgestellt, dass es sich hierbei um keinen Zusammenschluss, sondern um ein anmeldepflichtiges Absichtskartell handle.

In dem Verfahren „Österreichische Bundesbahnen/Postbus“ beteiligte sich der Bundeskartellanwalt aktiv mit einem Prüfungsantrag und zahlreichen Stellungnahmen.

Antrag auf Verbesserung einer Zusammenschlussanmeldung

In zwei Verfahren konnte nicht informell eine Verbesserung der Zusammenschlussanmeldung erzielt werden und wurde ein formeller Verbesserungsantrag gestellt:

KA 285/03-1 (25Kt364/03)	1. Austrian Energy & Environment AG 2. Von Roll Holding AG	Ergb: bewilligt	Bem: Antrag auf Erteilung eines Verbesserungsauftrages gem §65 KartG iVm §68a KartG
KA 383/03 (02.12.2003)	1) ORKLA ASA 2) BORREGAARD Industries Limited 3) LIGNOTECH Sweden AB	Ergb: bewilligt	Bem: Antrag auf Erteilung eines Verbesserungsauftrages gem §65 KartG iVm §68a KartG

Feststellungsverfahren betreffend verbotener Durchführung eines nicht angemeldeten Zusammenschlusses

Auch im Jahr 2003 wurden Firmenbuchauszüge, Geschäftsberichte und Zeitungen nach nicht angemeldeten Zusammenschlüssen ausgewertet. Dies führte in zwei Fällen zu Anschreiben der betroffenen Unternehmen, im Fall BWT/HOH zu einem Feststellungsantrag der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses. Der Fall wurde (ebenso wie im Jahr 2002 kontaktierte Unternehmen Quadriga Capital und AHT) letztendlich bei Kartellgericht angemeldet.

Im Fall „Pinnacle Systems Inc / Dazzle“ wurde nach Bekanntgabe der Unternehmenszahlen das Verfahren eingestellt, da ein Schwellenwert nicht erreicht wurde und somit kein anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorlag.

Überprüfungen, die nicht in der Stellung eines Prüfungsantrages endeten

In zahlreichen Verfahren wurden innerhalb der einmonatigen Frist die Fälle intensiv analysiert, wobei aber letztendlich kein Prüfungsantrag gestellt werden musste. Diese Verfahren betrafen unter anderem folgende Fälle:

KA 33/03 (27Kt28/03)	UNIQA Versicherungen AG - AXA Konzern AG	Ergb: Bewilligt	Bem:
KA 401/03 (26Kt537,539,540,541,542,543,544,545,546,547/ua/03)	Thomas H.Lee Equity Fund V, LP - Erwerb von Time Warner Inc durch WMG Acquisition Corp - Warner Music Group Inc - Warner Bros Records Inc - Elektra Entertainment Group Inc	Ergb:	Bem:
KA 399/03 (26Kt532/03)	UMG Recordings Inc. - SKG Music Nashville, LLC	Ergb:	Bem:
KA 350/03 (25Kt469/03)	STRABAG AG - Pagitz Metallbau Gesellschaft mbH	Ergb: Bewilligt	Bem:
KA 340/03 (26Kt445/03)	SPORTFIVE GmbH - ISPR Internationale Sportrechte-Verwertungsgesellschaft mbH	Ergb: Bewilligt	Bem:
KA 370/03 (29Kt494/03)	1) Müll und Schrott GmbH 2) Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft 3) Locker Recycling GmbH - Haunschmied Recycling GmbH	Ergb: Bewilligt	Bem:
KA 1/04 (25Kt576/03)	Vestas Wind Systems A/S - NEG Micon A/S	Ergb:	Bem:
KA 408/03 (24Kt571/03)	1. Unterland Flexible Packaging Aktiengesellschaft 2. CMP Fonds 1 GmbH	Ergb:	Bem:
KA 383/03 (27Kt509/03)	1) ORKLA ASA 2) BORREGAARD Industries Limited 3) LIGNOTECH Sweden AB (betr BIOTECH Lignosulfonate Handels-GmbH)	Ergb:	Bem:
KA 37/03 (29Kt31/03)	1)Quadriga Capital Limited 2)AHT Management GmbH 3)Austria Haustechnik AG	Ergb: Bewilligt	Bem:

Feststellungsverfahren gemäß § 8a

Im Feststellungsverfahren „Zahlungsverkehrsabwicklungsgesellschaft“ wurde letztendlich festgestellt, dass das beabsichtigte Vorhaben ein Kartell darstelle und wurde nach Verhandlungen mit Auflagen genehmigt. Feststellungsantrag gem.§8a KartG:

KA 277/02-6 (27Kt456,498,499/02)	1) Bank Austria Creditanstalt AG 2) Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG 3) Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft	Ergb: zurückgezogen	Bem: Ergänzende Stellungnahme und Urkundenvorlage
--	--	---------------------	---

Antrag auf Untersagung eines Empfehlungskartells:

KA 133/03-2 (27Kt166/03)	Ast: Bundeskartellanwalt AG: Louis -Widmer Gesellschaft mbH	Ergb: Antrag zurückgezogen	Bem: Zurückziehung des Antrags auf Untersagung eines Ankündigungskartells
---------------------------------	--	----------------------------	---

Nach Änderung der Geschäftspolitik der Antragsgegner wurde der Untersagungsantrag zurückgezogen.

Unverbindliche Verbandsempfehlungen

In zahlreichen Fällen mussten die bereits 2002 begonnenen Verfahren über die Untersagung unverbindlicher Verbandsempfehlungen weiter geführt werden.

Dazu zählt unter anderem das Verfahren betreffend die Unverbindliche Verbandsempfehlung des Fachverband der Spediteure betreffend Möbeltransportentgelte (24Kt273,464/02,24Kt90/03) sowie des Fachverband der Autobusunternehmen, Bundessektion Transport, (24Kt466/02).

Die Amtspartei Bundeskartellanwalt sieht eine unverbindliche Verbandsempfehlung als volkswirtschaftlich gerechtfertigt, wenn:

- Die Adressaten der unverbindlichen Verbandsempfehlung ausschließlich kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) im Sinne der Randnummer 3 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen geringer Bedeutung¹⁶¹ sind (und auch nur an diese die unverbindlichen Verbandsempfehlungen übermittelt wird);
- Der Inhalt der unverbindlichen Verbandsempfehlung keine feste Preissteigerungsrate, sondern vielmehr eine Spanne von empfohlenen Preissteigerungsraten - bei Berücksichtigung genau definierter betriebswirtschaftlicher Faktoren – darstellt;
- Der unverbindlichen Verbandsempfehlung eine genaue betriebswirtschaftliche Musterkalkulation (zur Ergänzung mit unternehmenseigenen Daten) angeschlossen ist und;
- Das Preisniveau sich auf einem auch im internationalen Vergleich üblichen Niveau bewegt.

Nach der Stellung eines Untersagungsantrages konnte mit dem Verband der Druck und Medientechnik bald ein diese Grundprinzipien berücksichtigendes Übereinkommen erzielt werden. Ähnlich erfolgreich war die Zusammenarbeit mit dem Verband der Versicherungstreuhänder und Mediatoren.

KA 91/03 (18.03.2003)	ÖVT-Verband der österreichischen Versicherungstreuhändler und Mediatoren in Versicherungsangelegenheiten - Honorar-Tarifordnung	Ergb: Von Verband widerrufen	Bem:
KA 52/03-1	Verband Druck & Medientechnik - Kostensteigerung 2003 im grafischen Gewerbe	Ergb: Zurückgezogen	Bem:
KA 123/03-1 (26Kt128,148/03)	Verband Druck & Medientechnik	Ergb: Verfahren durch Rückziehung	Bem:
KA 52/03-2 (26Kt47,70,78/03)	Verband Druck & Medientechnik - Kostensteigerung 2003 im grafischen Gewerbe	Ergb: Zurückgezogen	Bem:Antrag gem § 33 (1) Z 1a KartG

Im Dezember 2003 / Jänner 2004 wurde bei verschiedenen Verbandsempfehlungen, die zwar nicht mehr im Kartellregister eingetragen waren, aber nicht vom Verband gegenüber den Mitgliedern widerrufen wurde, ein Antrag auf Geldbuße gestellt.

Vertikale Vertriebsbindungen

Vertikale Vertriebsbindungen wurden aufgrund der beschränkten Ressourcen nur rudimentär analysiert. In zwei Fällen wurde ein Untersagungsantrag gestellt, da diese Vertriebsbindungen nicht mit der relevanten EG-Gruppenfreistellungsverordnung konform waren. Nach Verhandlungen konnte jedoch Abänderungen im Sinne des Bundeskartellanwaltes erreicht werden.

KA 319/03-1 (29Kt413/03, 29Kt457/03, 29Kt514/03)	1) San Lucar Obst & Gemüse Handels GmbH 2) San Lucar Fruit SL 3) Merkur Warenhandels Aktiengesellschaft	Ergb: Bem: Antrag auf Untersagung der Durchführung einer vertikalen Vertriebsbindung - BKA
KA 373/03-1 (29Kt490,515/03)	1) San Lucar Obst- & Gemüse Handels GmbH 2) San Lucar Fruit SL 3) Billa Aktiengesellschaft	Ergb: Bem:Antrag auf Untersagung der Durchführung einer vertikalen Vertriebsbindung - BKA

161) Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (Abl C 368/2001 vom 22. Dezember 2001)

6.3. Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission 2003

Helmut Gahleitner

Im Rahmen der institutionellen Reform des Kartellrechts im Jahr 2002 wurde bei der Bundeswettbewerbsbehörde die Wettbewerbskommission als beratendes Organ eingerichtet (§ 16 WettbG). Die Wettbewerbskommission besteht aus 8 Mitgliedern (4 Sozialpartner und 4 sonstige ExpertInnen aus der Wissenschaft und Wirtschaft). Den Vorsitz der Wettbewerbskommission führt Univ Prof Dr Josef Aicher, als sein Stellvertreter agiert Univ Prof Dr Gunther Tichy. Die Wettbewerbskommission hat folgenden gesetzlichen Aufgabenbereich:

1. Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle;
2. Abgabe von Vorschlägen für die wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzung;
3. Erstellung von Gutachten im Auftrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des BM für Wirtschaft und Arbeit;
4. Anhörung der Wettbewerbskommission zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 2 Abs 3 WettbG).

Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle

Die Wettbewerbskommission ist keine Amtspartei und besitzt auch keine Befugnis zur Stellung von Prüfanträgen. Als beratendes Organ kann sie im Rahmen der Fusionskontrolle Empfehlungen hinsichtlich der Stellung eines Prüfungsantrages gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde abgeben. Im Jahr 2003 hat die Wettbewerbskommission ua in folgenden Fällen eine Prüfung des Zusammenschlusses empfohlen:

- Österreichischer Bundesverlag / Klett AG
- Saria Holding AG / Medicur-Holding GmbH / Dr Heinrich Schuster BeteiligungsGmbH („heimatwerbung“ / Dr Schuster)
- OMV / Avanti
- Föschl AG & Co KG / Asphalt & Beton GmbH
- PostBus / BahnBus
- Coca-Cola Beverages Austria GmbH / Römerquelle GmbH
- Müll Schrott GmbH / Saubermacher Dienstleistungs AG / Locker Recycling GmbH
- AGS Gebäudeservice / ISS Servisystem GmbH

Die Bundeswettbewerbsbehörde unterliegt gem § 17 WettbG einem Begründungszwang, wenn sie den Kommissionsempfehlungen nicht folgt. Die abweichenden Positionen zwischen Wettbewerbskommission (Beweggründe für die Prüfungsempfehlung) und Bundeswettbewerbsbehörde (Ablehnungsgründe) müssen auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlicht werden. Im abgelaufenen Jahr hat die Bundeswettbewerbsbehörde in 4 Fällen (Klett AG, Avanti, Saubermacher, ISS Servisystem) entgegen der Empfehlung der Wettbewerbskommission von der Stellung eines Prüfantrages abgesehen. Die unterschiedlichen Positionen sind auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlicht (<http://www.bwb.gv.at/BWB/Wettbewerbskommission/Veroeffentlichungen/default.htm>).

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 2004 wurden von Seiten der Wettbewerbskommission folgende Arbeitsschwerpunkte angeregt:

- Der bereits im Vorjahr von der Wettbewerbskommission vorgeschlagene Tätigkeitsschwerpunkt, im Zuge der Änderungen der Kfz-Gruppenfreistellungen insbesondere das Verhalten der Kfz-Hersteller und der Generalimporteure auf möglichen Missbrauch im Sinne des § 35 KartG zu untersuchen, sollte auch im kommenden Jahr weiter verfolgt werden;
- Beobachtung und Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse und der Wettbewerbsentwicklung auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs;
- Untersuchung von Zusammenarbeitsformen im Bereich des Tourismus, wie etwa Seilbahnunternehmen und Fremdenverkehrsbetriebe in Form von Seilbahn- und Verkehrsverbänden, zu untersuchen und Richtlinien über die wettbewerbsrechtlichen Grenzen dieser Kooperationen zu erarbeiten.

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.

Anhörung der Wettbewerbskommission zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 2 Abs 3 WettbG)

Die Wettbewerbskommission hat zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde eine umfassende Stellungnahme abgegeben und hierbei ua auf die unzureichenden Rahmenbedingungen für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrages sowie auf einen notwendigen gesetzlichen Abänderungsbedarf hingewiesen. Da die Bundeswettbewerbsbehörde die Stellungnahme der Wettbewerbskommission nicht auf ihrer Homepage veröffentlichte, sollen an dieser Stelle die wichtigsten Aussagen der Wettbewerbskommission zusammengefasst werden.

Unzureichende Rahmenbedingungen

Die Wettbewerbsbehörde, welche bei der Bundeswettbewerbsbehörde angesiedelt ist, hat keinen einzigen ihr zugewiesenen ständigen Mitarbeiter. Nach § 2 Abs 1 Z 6 WettbG obliegt zwar die Geschäftsführung für die Wettbewerbskommission der BWB, doch beschränkt sich diese Tätigkeit auf eine rein administrative Sitzungsunterstützung, wie Versand von Einladungen sowie Protokollführung während der Sitzung. Für eine effiziente Tätigkeit der nebenberuflich tätigen Mitglieder der Wettbewerbskommission ist allerdings eine Unterstützung durch einen ständigen Mitarbeiter unverzichtbar. Geht es doch um die Sichtung und Aufbereitung der Anmeldungsunterlagen, die Beschaffung von konzentrationsrelevanten Daten, die Pflege informeller Kontakte mit den Regulatoren und – was der Wettbewerbskommission besonders wichtig erscheint – um die Sicherstellung einer kooperativen Kommunikation mit den Referenten der Bundeswettbewerbsbehörde. § 16 Abs 7 WettbG sieht zwar vor, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit der Wettbewerbskommission die notwendigen Mittel zur Verfügung stellt, doch blieben die Bemühungen der Kommission um einen zur Erfüllung der genannten Aufgaben erforderlichen Mitarbeiter bisher erfolglos.

Defizite bestehen weiters bei der Informationsbeschaffung sowie bei der Kommunikation zwischen der Wettbewerbskommission und der Bundeswettbewerbsbehörde. Die Wettbewerbskommission stellt in

ihrem Bericht fest, dass die Mitglieder alleine auf Grundlage der Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung (Internetseite) zu entscheiden haben, ob und inwieweit ein aufgriffswürdiger Sachverhalt vorliegt. Dass es aufgrund des dürftigen Veröffentlichungsinhaltes für die Mitglieder äußerst schwer ist, aufgriffswürdige Sachverhalte zu erkennen, liegt auf der Hand.

Die Bundeswettbewerbsbehörde übermittelt auf Anfrage durch ein Kommissionsmitglied die Anmeldeunterlagen zwar sehr rasch per Email an alle Mitglieder der Kommission, doch erst jetzt können die Mitglieder beurteilen, ob ein angemeldeter Zusammenschluss prüfungsrelevant ist und die Einberufung einer Sitzung der Wettbewerbskommission verlangen. Aufgrund des hohen Zeitdruckes für die Abgabe einer Empfehlung auf Stellung eines Prüfantrages (spätestens 1 Woche vor Ablauf der für die Stellung eines Prüfungsantrages vorgesehenen Frist) ist eine gediegene Entscheidungsvorbereitung und eine detaillierte Begründung oftmals nur schwer möglich. Knappe Begründungen sind für die BWB aber nicht hilfreich. Dazu kommt noch, dass der Informationsstand der Wettbewerbskommission und der BWB äußerst unterschiedlich sind, da die BWB im Rahmen ihrer Prüfung des Zusammenschlusses zusätzliche Informationen (Aufklärungen, Ergänzungen zu den Anmeldeunterlagen) einholt, von denen die Wettbewerbskommission keine Kenntnis hat. Hier könnte ein der Wettbewerbskommission zugewiesener Mitarbeiter ebenfalls wertvolle Dienste leisten, um die Kommunikationsdefizite zwischen Wettbewerbskommission und BWB zu verringern.

Der Kommunikationsprozess zwischen BWB und Wettbewerbskommission ist gänzlich unregelt. § 10 Abs 1 WettbG berechtigt die BWB, soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist, ua auch der Wettbewerbskommission sämtliche Informationen zur Kenntnis zu bringen. Aufgrund der beschränkten Personalkapazitäten beschränkt sich die Unterstützung durch die BWB auf das gesetzlich erforderliche Maß. Die Wettbewerbsbehörde befürchtet daher, unter den derzeitigen personellen und organisatorischen Rahmenbedingungen ihre gesetzliche Aufgabe im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht wahrnehmen zu können. Nach ihrer gesetzlichen Funktionsbeschreibung ist sie mitverantwortlich für die Wahrung der kompetitiven Struktur der nationalen Märkte. Dieser Verantwortung kann sie nach den realen Rahmenbedingungen nicht gerecht werden.

Zur Tätigkeit der Wettbewerbskommission gehört auch die Gutachtenserstellung im Auftrag der BWB und des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Im ersten Jahr ihrer Tätigkeit hat die Wettbewerbskommission diesbezüglich keinen Auftrag erhalten. Hinsichtlich ihrer Aufgabe zur Gutachtenserstellung hält die Wettbewerbskommission fest, dass sie vor einer Einigung über eine angemessene Aufwandsentschädigung für die an Gutachten mitwirkenden Mitglieder Gutachtensaufträge nicht übernehmen kann. Durch die vom BMWA festgelegte pauschale Sitzungsentschädigung für die Mitglieder der Kommission kann dieser zusätzliche Aufwand nicht abgegolten werden.

Gesetzlicher Änderungsbedarf

Die Wettbewerbskommission bekennt sich grundsätzlich zu ihren gesetzlich zugewiesenen Aufgaben. Für ihre effiziente Wahrnehmung müssen die personellen, organisatorischen und vor allem die informationellen Voraussetzungen für eine zweckdienliche Mitwirkung der Wettbewerbskommission in konkreten Zusammenschlussverfahren geschaffen werden. Daraus folgen zwei Anliegen an den Gesetzgeber:

1. Die Wettbewerbskommission muss auch ohne Auftrag durch die BWB oder den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gutachterlich tätig sein können. Dafür bedarf es allerdings eines eigenständigen Budgets und einer personellen Mindestausstattung.
2. Das Zusammenwirken mit der Bundeswettbewerbsbehörde muss auf eine klare gesetzliche Grundlage gestellt werden. Angeregt wird eine Regelung, wonach die Wettbewerbskommissi-

on in das Zusammenschlussverfahren einzubinden ist, wenn sie eine Prüfungsempfehlung abgegeben hat (zB durch laufende Information, Beziehung zu Gesprächen, Auskunftspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde).

6.4. RTR GmbH - Kurzaufsicht der wichtigen Themen 2003

Mathias Grandosek

Die Tätigkeit der RTR war im letzten Jahr von mehreren Themen geprägt.

Im Rundfunkbereich war dies die weitergehende Diskussion um die Einführung des **Digitalen Terrestrischen Fernsehens** in Österreich. Es wurde nun ein Digitalisierungskonzept vorgelegt, das eine Strategie und einen Zeitplan beinhaltet, wie digitales terrestrisches Fernsehen in Österreich bis zum Jahr 2010 eingeführt werden könnte. Die Problematik des digitalen terrestrischen Fernsehens ist noch immer die knappe Frequenzausstattung bedingt durch die Kleinräumigkeit Österreichs und die Anzahl der angrenzenden Länder, was eine Koordinierung der Frequenzen extrem schwierig macht. Die Einführung soll nach Ansicht der RTR deshalb in einer kurzen Parallelphase erfolgen. Danach wird ein Fernsehempfang nur noch mit digitaltauglichen Geräten bzw mit so genannten Set-Top-Boxen (Zusatzgeräten) möglich sein. Ca 60% der Haushalte sind von dieser Umstellung betroffen, da sie zumindest zum Teil noch terrestrisch über eine Hausantenne empfangen. Auch wenn die Gerätepreise in Zukunft sinken, ist die Kostenbelastung dadurch für Haushalte nicht unerheblich, schließlich muss für jeden Fernseher bzw Videorecorder eine eigene Set-Top-Box angeschafft werden. Die Vorteile sollen vor allem in einer besseren Bildqualität und einer größeren Programmvierfalt, sowie weiteren interaktiven Zusatzdiensten liegen. Allerdings sind diese Zusatzangebote und Programme noch weitgehend zu entwickeln.

Im Telekommunikationsbereich kam es aufgrund einer **Neufassung des Telekommunikationsgesetzes** zu neuen Anforderungen und Aufgaben für die RTR. Insbesondere wurden einige Verordnungskompetenzen zu Entgelten, Nummerierung und Marktdefinitionen an die RTR übertragen. Zukünftig sollen die einzelnen Teilmärkte der Telekommunikation viel differenzierter betrachtet werden, was natürlich auch eine weitergehende Analyse und Beobachtung der Teilmärkte erfordert. Unterschiede zum alten TKG ergeben sich auch durch die Tatsache, dass Einzelkonzessionen durch Allgemeingenehmigungen abgelöst wurden und dass der Regulator verstärkt Sanktionsmöglichkeiten erhalten hat.

Ein wichtiges Thema des Jahres war auch die Diskussion um **Breitbandanschlüsse** und Breitbandförderung. Obwohl Österreich bis vor kurzem Vorreiter im Bezug auf Breitbandanschlüsse gewesen ist, kam es international zu einem Aufholprozess. In Österreich erweist sich der flächendeckende Ausbau in ländlichen Regionen zunehmend als Problem. Hier müssen zusätzliche Anstrengungen unternommen werden um nicht ins Hintertreffen zu geraten. Die bisherigen Förderstrategien des Bundes gehen hierbei nicht weit genug um auch langfristig einen Ausbau der Infrastruktur ausreichend sicherzustellen.

Bei den Endkunden-Streitschlichtungsfällen ist wiederum ein starker Anstieg zu verzeichnen gewesen. Als zunehmendes Problem zeigen sich die Dialer-Programme die von Internetusern (zum großen Teil unbewusst) installiert werden und die eine Internetverbindung über eine hochtarifizierte Mehrwertnummer aufbauen. Darüber hinaus erweisen sich Mehrwertdienste generell zunehmend als Streitfälle. Nicht zuletzt deshalb, weil bisher keine verbindlichen Ausübungsregeln für Mehrwertdienste existierten und sich diverse Geschäftspraktiken von manchen Diensteanbietern schon an der Grenze zur Illegalität bewegen. Erst jetzt soll dagegen mit einer eigenen Verordnung Abhilfe geschaffen werden.

Die RTR-GmbH und die Streitschlichtungsstelle veröffentlichen zu ihrer Tätigkeit detaillierte Berichte die unter der Website der RTR (www.rtr.at) abgerufen werden können

6.5. Regulierungsbehörde Strom und Gas

Gunda Kirchner

Die wichtigsten Aktivitäten der Regulierungsbehörde Strom und Gas¹⁶² (Energie-Control GmbH und Energie-Control Kommission)

Schlichtungsstelle

Die Schlichtungsstelle für Strom und Gas wurde auf Betreiben der Arbeiterkammer mit 1.10.2002 bei der Energie-Control GmbH eingerichtet. Jeder Endverbraucher kann sich an die Schlichtungsstelle wenden, wenn zB die Leistung nicht ausreichend erbracht wurde oder eine nicht nachvollziehbare Rechnung vorliegt. Seit der Einrichtung der Schlichtungsstelle wurden 132 Verfahren abgewickelt. In 91% der Fälle konnte eine für die Konsumenten zufrieden stellende Lösung erzielt werden. 34% der Anträge betreffen Streitigkeiten aus der Stromlieferung, 5% sind Gasfälle. 53% bzw 8% der Anträge bestreiten die Strom- und Gasrechnung.

Tarifkalkulator

Der Regulierungsbehörde obliegt es auch, Tarifvergleiche für Endkunden durchzuführen und zu veröffentlichen. Im Rahmen einer Kooperation der Regulierungsbehörde mit AK und WKÖ wurde bereits im Zuge der Strommarktöffnung 2001 der Stromtarifrechner im Internet implementiert. Durch die Gasmarktliberalisierung erweiterte man das Angebot auf die Berechnung von Gaspreisen sowie von Kombinationsangeboten Strom und Gas bzw Strom und Heizungsstrom.

Novelle zur Systemnutzungstarifverordnung Strom

Im Jahr 2003 verfolgte die Regulierungsbehörde das Projekt "Neue Netztarife", kurz betitelt mit "Benchmarking", weiter. Das Projekt war durch intensive Diskussionen gekennzeichnet. Besonderer Kritikpunkt war das Fehlen einer Grundsatzverordnung durch den BMWA, in welcher die Tarifierungsgrundsätze festgelegt werden. Die Rechtsmeinungen gehen in der Frage auseinander, ob das Benchmarking der Netztarife durch das Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz gedeckt ist. Ein

162) Für weitere Informationen siehe Jahresbericht der e-control 2003 bzw www.e-control.at

wesentlicher Kritikpunkt seitens der AK bezog sich auf das Fehlen von geeigneten Anreizsignalen für die Netzbetreiber, welche zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit im Netz beitragen sollten. Letztendlich beschloss die Energie-Control Kommission die Systemnutzungstarife mit Wirkung per 1.11.2003, und führte somit reine Tarifsenkungen bei den Haushaltskunden im Schnitt um 4,2%, bei den Industriekunden durchschnittlich um 2,4% durch.

Ökostrom-Zuschlagsverordnung

Im November 2003 ging der Verordnungsentwurf, mit dem die Förderbeiträge für die Abgeltung von Mehraufwendungen für die Öko-Bilanzgruppenverantwortlichen bestimmt werden, kurz "Zuschlagsverordnung" in Begutachtung. Das Ökostromgesetz sieht die Förderung von Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern vor. Die Förderung teilt sich in den Förderbeitrag als Zuschlag zum Systemnutzungstarif und in einen Verrechnungspreis, also den Preis, den die Stromhändler für die verpflichtende Abnahme aus Ökostromanlagen zu bezahlen haben. Der Förderbeitrag ist jährlich vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit jährlich im Vorhinein festzulegen. Die gesamte Förderbelastung für Endkunden darf 0,22 Cent/kWh Ökostrom und 0,16 Cent/kWh Kleinwasserkraftstrom nicht übersteigen.

Der vorgelegte Entwurf sah aufgrund der steigenden Systemkosten sowohl eine Erhöhung der Förderbeiträge als auch eine erstmalige Spreizung der Kleinwasserkraftkomponente vor. Die Spreizung darf laut Ökostromgesetz das Ausmaß von 1:1,5 betragen, dh die Kunden verschiedener Netzebenen können unterschiedlich belastet werden. Der Verordnungsentwurf, der der Mitentscheidung von Justiz-, Sozial- und Landwirtschaftsminister sowie der Landeshauptleutekonferenz unterliegt, findet unter der Landeshauptleuten keine Zustimmung. Als Notlösung wurde daher die im Jahr 2003 gültige Verordnung um ein Jahr verlängert. Damit bleibt vorerst eine Finanzierungslücke in der Höhe von 36 Mio € nur für das Jahr 2004 offen.

Drittstaaten-Import-Verbot

Der Verfassungsgerichtshof hebt die Drittstaaten-Importverbots-Verordnung auf. Diese Einfuhrsperre berührt völkerrechtliche Belange, daher war eine Kompetenzauslagerung an die Energie-Control Kommission nicht zulässig.

Novelle zur Gassystemnutzungstarifverordnung

Die Energie-Control Kommission führte Prüfungen der Netzbereiche Niederösterreich, Salzburg sowie Kärnten durch und legte in der Novelle eine Tarifsenkung für den Netzbereich Niederösterreich per 1. Juni 2003 fest.

Krisensicherung Erdgas

Die Liberalisierung erfordert die Neuregelung der Krisenvorsorge, da diese – anders als im Elektrizitätsbereich – nicht im Energielenkungsgesetz geregelt ist. Bis zur Liberalisierung war der Notversorgungsplan in Kraft. Dieser gründete auf einer freiwilligen Vereinbarung der Gesellschafter der Austria Ferngas, wobei OMV die Koordinierung über Ausrufung und Einstufung der Krisenstufen durchführte. Für die Neuregelung der Krisenvorsorge legte die Regulierungsbehörde im Auftrag des BmWA eine Studie vor, welche potentielle Krisenszenarien analysiert und daraus Handlungsempfehlungen ua. in Form eines Stufenplans ableitet. Im Oktober 2003 fand dazu Round-Table statt, bei dem alle wichtigen Vertreter ihren Standpunkt zur Versorgungssicherung darlegten. Um allfälligen Handlungsempfehlun-

gen bzw den in der Krise zu handelnden Akteuren die notwendige gesetzliche Grundlage und folglich Rechtssicherheit zu geben, ist die grundsätzliche Regelung der Krise im Energielenkungsgesetz auf alle Fälle notwendig und wichtig.

Marktregeln Strom und Gas

Die Marktregeln unterliegen einem stetigen Erneuerungsprozess, indem die Erfahrungen vom Markt, zB durch Konsumentenfragen, Schlichtungsverfahren, Erörterungen im Elektrizitäts- und Erdgasbeirat, laufend in die Marktregeln eingearbeitet werden. 2003 genehmigte die Energie-Control Kommission die Verteilnetzbedingungen Strom neu. Im Gassektor wurde der Marktregeln II gestartet und abgeschlossen. Sämtliche Marktregeln sind auf der Website der E-Control veröffentlicht.

6.6. Schienen Control GmbH

In Kapitel 2.6. in diesem Wettbewerbsbericht finden Sie eine ausführliche Darstellung der Arbeit der SCK. Weitere Informationen finden sich auch auf der Homepage: <http://www.scg.gv.at>.

6.7. 5 Jahre Übernahmegesetz - Überblick über die Tätigkeit der Übernahmekommission

Helmut Gahleitner

Das Übernahmegesetz trat mit 1. Jänner 1999 in Kraft. In einer Pressekonferenz im Dezember 2003 hat der mit Jahresende ausgeschiedene Vorsitzende der Übernahmekommission, Dr Konrad Fuchs, Bilanz über die ersten 5 Jahre der Tätigkeit der Übernahmekommission gezogen. Neuer Vorsitzender der Übernahmekommission ist Univ Prof Dr Peter Doralt. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die ersten 5 Jahre seit Inkrafttreten des Übernahmegesetzes gegeben werden.

Ziele des Übernahmegesetzes (ÜBG)

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. Das ÜBG stellt hierbei sicher, dass die Aktionäre ihre Entscheidung auf der Grundlage gründlicher und überprüfter Informationen treffen können. Die Vermeidung von Marktverzerrungen (Stichwort Insiderhandel) sowie die Sicherstellung der raschen Durchführung des Übernahmeverfahrens sind weitere inhaltliche Schwerpunkte des Gesetzes.

Zur Durchführung der Aufgaben nach dem Übernahmegesetz ist eine Übernahmekommission (so genannte Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag) gebildet worden. Sie besteht aus 12 nebenberuflichen Mitgliedern und einer kleinen, sehr qualifizierten Geschäftsstelle. Die Übernahmekommission entscheidet in Senaten zu je 4 Mitgliedern, die Mitglieder sind weisungsfrei und unabhängig.¹⁶³

Fakten und Zahlen¹⁶⁴

In den ersten 5 Jahren ihres Bestehens wurden von der Übernahmekommission insgesamt 26 öffentliche Barangebote (davon 12 Pflicht- und 14 freiwillige Angebote) überprüft. Dies bedeutet, dass beinahe jedes vierte börsennotierte Unternehmen Gegenstand eines Angebotsverfahrens war. Die Marktkapitalisierung aller 26 Zielgesellschaften betrug rund 6,6 Mrd €. Neben den Angebotsverfahren hat die Übernahmekommission in ihrer 5-jährigen Tätigkeit weitere 60 förmliche Senatsverfahren durchgeführt, der Schwerpunkt bildete hierbei Anzeigeverfahren nach § 25 Abs 2 ÜbG (Ausnahme von der Angebotspflicht).

Die größten Fälle, gemessen am Annahmevermögen, waren die Übernahme der Austria Tabak durch Gallaher-Group Plc im Jahr 2001 (ca 1,1 Mrd € Annahmevermögen) und die im Jahr 2003/04 vollzogene Übernahme der Brau Union AG und der BBAG durch die holländische Heineken-Gruppe (Annahmevermögen ca 740 Mio €. Insgesamt beläuft sich das Annahmevermögen für die Streubesitzaktionäre (private und institutionelle) auf rund 2,4 Mrd €. Im Verhältnis Angebotspreis bezogen auf den Kurswert (zB 6 Monate vor Bekanntgabe) beläuft sich die „Prämie“ für die Streubesitzaktionäre auf insgesamt bis zu 500 Mio €. Im Jahr 2003 wurden von der Übernahmekommission neben der Übernahme der Brau Union und BBAG durch Heineken noch weiter fünf öffentliche Übernahmeangebote überprüft. Die Zielgesellschaften waren: Constantia – Iso AG, Steirerobst AG, EB und Hypo-Bank Burgenland AG, Semperit AG und Jenbacher AG.

Die Zahlen belegen sehr deutlich, dass die Übernahmekommission bzw das Übernahmegesetz eine wichtige Funktion im Rahmen des österreichischen Kapitalmarktes einnimmt und durch ihre Tätigkeit wesentlich zur Verbesserung der Kapitalmarktkultur beiträgt. Aufgrund der nunmehr beschlossenen EU-Übernehmerichtlinie sowie den gemachten Erfahrungen aus der Anwendung des ÜbGs besteht für das österreichische Übernahmerecht jedenfalls ein Novellierungsbedarf (siehe Kapitel 3.1.1.).

163) 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.

164) Die Zahlen stammen aus der Presseunterlage der Übernahmekommission.

7. VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN

Externe AutorInnen

Dr Gerhard Fuhrmann	Geschäftsführer der SCG & SCK
Dr Anne Marie Kosesnik-Wehrle	Rechtsanwältin, Kosesnik-Wehrle & Langer
Dr Gabriel Lansky	Rechtsanwalt, Lansky, Ganzger & Partner
Dr Alfred Mair	Bundeskartellanwalt
Univ Prof DI Dr Klaus Rießberger	Institut für Bauwesen der TU Graz
Dr Jon Shaw	University of Aberdeen
Mag Robert Steier	Gewerkschaft der Eisenbahner
Benedikt Weibel	CEO der SBB AG
Dr Karin Wessely	Rechtsanwältin

MitarbeiterInnen der AK Wien

Mag Sonja Auer-Parzer	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
DI Maria Burgstaller	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Helmut Gahleitner	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Ulrike Ginner	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Mathias Grandosek	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Dr Margit Handschmann	Abteilung Konsumentenpolitik der AK Wien
Mag Dorothea Herzele	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Werner Hochreiter	Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien
Mag Gunda Kirchner	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
DI Gregor Lahounik	Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien
Mag Roland Lang	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Sylvia Leodolter	Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien
Mag Miron Passweg	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Rudolf N Reitzner	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien
Mag Richard Ruziczka	Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien
Mag Andreas Schieder	Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien