

## MÄRKTE – WETTBEWERB – REGULIERUNG

### WETTBEWERBSBERICHT DER AK 2005

Teil 1

SCHWERPUNKT:  
EU-DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE



WIEN

Märkte – Wettbewerb – Regulierung

Wettbewerbsbericht der AK 2005 – Teil 1

Publikation der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Wien 2005

Der direkte Weg zu Broschüren der Abteilung Wirtschaftspolitik:

E-Mail: [wipol@akwien.at](mailto:wipol@akwien.at)

Fax: +43-1-501 65 / 2532

CIP-Einheitsaufnahme beantragt.

Impressum:

Wettbewerbsbericht der AK

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

Redaktion: Vera Lacina

Wien 2005

ISBN 3-7063-0292-6

Hersteller: Eigenvervielfältigung, Buchbinderei Becker

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Vorwort</b> .....	<b>6</b>
<b>2. SCHWERPUNKT “Die EU-Dienstleistungsrichtlinie“</b> .....	<b>8</b>
2.1. Die Position der AK .....	8
2.1.1. Deregulierung der Dienstleistungen im Binnenmarkt – die „Bolkesteinrichtlinie“ .....	8
2.1.2. Mythos Herkunftslandprinzip .....	13
2.1.3. Die EU-Dienstleistungsrichtlinie – Wettbewerb der Rechtssysteme .....	16
2.1.4. Die „Bolkesteinrichtlinie“ als Gefahr für Leistungen der Daseinsvorsorge .....	21
2.1.5. Die Dienstleistungsrichtlinie aus der Perspektive des Arbeitsrechts.....	27
2.1.6. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen und Dienstleistungsfreiheit .....	29
2.1.7. Die Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf VerbraucherInnen .....	34
2.2. Die Position der Berichtsteratterin des Europäischen Parlaments.....	39
2.3. Die Position des Europäischen Gewerkschaftsbundes.....	41
<b>3. Aktuelles aus dem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht</b> .....	<b>55</b>
3.1. Europäische Union.....	55
3.1.1. Kommissionsvorschlag zu Designschutz und Reparaturklausel.....	55
3.1.2. Honorarordnung der belgischen Architektenkammer.....	59
3.1.3. EU-Richtlinie – unlautere Geschäftspraktiken.....	61
3.1.4. Verwertungsgesellschaften .....	63
3.1.5. Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen .....	67
3.2. Österreich.....	69
3.2.1. Kartell- und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 .....	69
3.2.2. Die Reform des Handelsgesetzbuches .....	78
3.2.3. Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 – Die Forderungen der AK zur Stärkung der Corporate Governance .....	84
3.2.4. Reform des österreichischen Verwertungsgesellschaftenrechts .....	87
<b>4. Entwicklung der Zusammenschlüsse</b> .....	<b>91</b>
4.1. Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU .....	91
4.2. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen.....	92
4.3. Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich.....	94

## 5. Wettbewerbsaktivitäten der AK .....95

5.1. Aktivitäten in Österreich .....	95
5.1.1. Bußgeldantrag gegen Grazer Fahrschulen .....	95
5.1.2. Der Zusammenschluss Deka Holding – Tencel Holding Ltd .....	97
5.1.3. Vergleich zwischen AK und Skiverbund Amadé.....	101
5.1.4. Milchpreiserhöhung – wettbewerbsrechtliche Aspekte.....	103
5.2. Aktivitäten auf europäischer Ebene .....	106
5.2.1. Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem – AK als Streithelfer beim EuGH .....	106
5.2.2. Wettbewerbsaktivitäten am Mineralölmarkt.....	109
5.3. Aktivitäten im Bereich des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb .....	111
5.3.1. Sind unerwünschte Werbeanrufe nicht mehr sittenwidrig? .....	111
5.3.2. Unlauterer Wettbewerb durch Telefongewinnspiel.....	114
5.3.3. Ketten- oder Pyramidenspiele .....	119

## 6. Ausgewählte Aktivitäten wettbewerbsrechtlicher Institutionen in Österreich .....121

6.1. Ausgewählte Entscheidungen des Kartell- und Kartellobergerichts .....	121
6.1.1. Gesamtübersicht.....	121
6.1.2. Formelle Entscheidungen .....	122
6.1.2.1. Möglicher Zeitpunkt einer Zusammenschlussanmeldung / Feststellungsantrag ..	122
6.1.2.2. Zurückziehung einer Zusammenschlussanmeldung .....	122
6.1.3. Entscheidungen über Einzelfälle .....	124
6.1.3.1. Deka Holding – Tencel Holding Ltd.....	124
6.1.3.2. Die Österreichische Stromlösung.....	124
6.1.3.3. WM Wrigley Jr Company – Joyco Inversiones SA .....	125
6.1.3.4. Henry Schein Inc – Demedis G (Austrodent Handels-G) – EDH Holding G.....	125
6.1.3.5. Bausparkasse Wüstenrot AG – LBA Landesbausparkasse AG .....	126
6.1.3.6. Gewista – Soravia .....	127
6.1.3.7. Mediaprint – Morawa.....	127
6.1.3.8. Agrana – Atys.....	127
6.1.4. Entscheidungen über Kartelle.....	129
6.1.4.1. Skiverbund Amadé.....	129

6.1.5.	Entscheidungen über Missbrauchsverfahren .....	130
6.1.5.1.	Missbrauchsverfahren der *** GmbH & Co KG gegen die N*** Gebietskrankenkasse – Beschluss des Kartellobergerichts .....	130
6.1.5.2.	TIK-TAK-Tarif .....	132
6.1.5.3.	Österreichische Post AG – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung .....	134
6.2.	Ausgewählte Aktivitäten der Bundeswettbewerbsbehörde .....	136
6.2.1.	Zusammenschlüsse .....	136
6.2.1.1.	Zusammenschluss Tele2 – UTA .....	136
6.2.1.2.	Österreichisches Verkehrsbüro übernimmt Ruefa-Reisen .....	138
6.2.2.	Branchenuntersuchungen .....	139
6.2.2.1.	Kommentar zum Sonderbericht Lebensmittelhandel .....	139
<b>7.</b>	<b>Berichte über/von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden .....</b>	<b>142</b>
7.1.	Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde .....	142
7.2.	Tätigkeitsbericht der Amtspartei Bundeskartellanwalt .....	147
7.3.	Tätigkeitsbericht der Wettbewerbskommission .....	152
7.4.	Tätigkeitsbericht der RTR-GmbH .....	156
7.5.	Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde Strom und Gas .....	162
7.6.	Tätigkeitsbericht der Schienen-Control GmbH .....	166
7.7.	Tätigkeitsbericht der Übernahmekommission .....	168
<b>8.</b>	<b>Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....</b>	<b>178</b>

# 1. VORWORT

Liebe Leserinnen und Leser!

Mit dem jährlich in zwei Teilen erscheinenden Wettbewerbsbericht möchte die AK LeserInnen über die aktuellen Entwicklungen in der österreichischen und europäischen Wettbewerbspolitik informieren. Weiters geben wir einen Überblick über Fusionen und Übernahmen, über die Entwicklung in den Branchen und über die Aktivitäten der AK und anderer wettbewerbspolitischer Institutionen.

Der vorliegende Teil 1 des Wettbewerbsberichts der AK 2005 ist diesmal sehr umfangreich ausgefallen. Zu einem großen Teil ist dies auf das Schwerpunktthema zurückzuführen, das sich mit der geplanten EU-Richtlinie „Dienstleistungen im Binnenmarkt“ beschäftigt. Damit greift die AK ein besonders brisantes und aktuelles Thema der österreichischen und europäischen Politik auf.

Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission „Dienstleistungen im Binnenmarkt“ ist Teil des Wirtschaftsreformprozesses, den der Europäische Rat auf seiner Tagung in Lissabon (2000) beschlossen hat, um die Europäische Union bis 2010 zum „wettbewerbfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“ zu machen. Ziel ist es, einen Rechtsrahmen zu schaffen, durch den alle in der EU noch bestehenden rechtlichen und administrativen Hindernisse im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr beseitigt werden. In der EU ansässige Unternehmen sollen dadurch ohne zusätzliche Anforderungen ihre Dienstleistungen gemeinschaftsweit anbieten und erbringen können.

Umstrittener Kern dieses Richtlinienvorschlags ist das so genannte „Herkunftslandprinzip“ – das im Wesentlichen das Ziel verfolgt, einen Dienstleistungserbringer nur an die Rechtsvorschriften jenes Landes zu binden, in dem er seine Niederlassung hat. Auch die Kontrolle des Dienstleistungserbringers obliegt den Behörden seines Herkunftslandes, auch wenn er seine Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedsland erbringt.

Damit stellt dieser Vorschlag einen Paradigmenwechsel in der bisherigen Binnenmarktpolitik dar – weg vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bzw Harmonisierung der unterschiedlichen Rechtsvorschriften hin zu einem „Wettbewerb der Rechtssysteme“.

Trotz der vor allem von Deutschland und Frankreich geäußerten heftigen Kritik, ist die umstrittene Richtlinie nicht vom Tisch: Beim Europäischen Rat in Brüssel im März dieses Jahres wurde das Ziel um einen wichtigen Punkt erweitert: Einen voll funktionierenden Binnenmarkt für Dienstleistungen mit gleichzeitiger Wahrung des europäischen Sozialmodells. Der Europäische Rat fordert alle Beteiligten dazu auf, einen breiten Konsens herbeizuführen, der allen Zielen gerecht wird. Der Ball liegt nun beim Europäischen Parlament.

Mit dem Themenschwerpunkt in der vorliegenden Publikation bietet die Arbeiterkammer eine umfassende kritische Analyse der Folgen dieses Richtlinienvorschlags auf bestehende Sozialstandards, Konsumentenrechte, Ausbildungssysteme, Daseinsvorsorge und vieles mehr. Hierbei fließen nicht nur die AK-Positionen ein, sondern auch Meinungen von europäischen ExpertInnen – Frau Evelyne Gebhardt, der zuständigen Berichterstatterin im Europäischen Parlament, und Wolfgang Kowalsky, einem Vertreter des Europäischen Gewerkschaftsbundes.

Anschließend wird im Abschnitt 3 anderen wichtigen aktuellen Entwicklungen und Diskussionen im Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht Rechnung getragen. Dabei möchten wir Sie unter anderem auf den Beitrag zur Kartell- und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 hinweisen.

Im Abschnitt 4 „Entwicklung der Zusammenschlüsse“ wird die Entwicklung der Anzahl der gemeldeten Zusammenschlussaktivitäten in Österreich und der Europäischen Union dargestellt.

Im Abschnitt über ausgewählte Aktivitäten der AK im Wettbewerbsbereich (Abschnitt 5) ist besonders auf die Beiträge zu möglichen Preisabsprachen bei Fahrschulen und betreffend Milchpreiserhöhungen hinzuweisen.

Im Abschnitt 6 wird eine Reihe ausgewählter Aktivitäten bzw Entscheidungen des Kartell- und Kartellobergerichts, der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellanwalts dargestellt.

Erstmals ist es gelungen, von VertreterInnen aller Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden – also aus erster Hand – Beiträge über ihre Tätigkeitsschwerpunkte des Jahres 2004 zu erhalten und Ihnen damit einen umfassenden Überblick bieten zu können (Abschnitt 7).

Wir hoffen, Ihnen mit dieser Publikation interessante Beiträge zur Verfügung zu stellen und damit auch Anregungen zur weiteren Ausgestaltung und Weiterentwicklung der österreichischen und europäischen Wettbewerbspolitik zu liefern.

Abschließend weisen wir darauf hin, dass dieser Wettbewerbsbericht (wie auch frühere Ausgaben) auch über die Homepage der AK-Wien [www.akwien.at](http://www.akwien.at) abrufbar ist und weitere Print-Exemplare unter der Wiener Tel Nr 501-65/2296 angefordert und kostenlos zugesandt werden können.



## 2. SCHWERPUNKT “DIE EU-DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE“

### 2.1. Die Position der AK

#### 2.1.1. Deregulierung der Dienstleistungen im Binnenmarkt – die „Bolkesteinrichtlinie“<sup>1</sup>

Elisabeth Beer

Am 13.01.2004 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie „Dienstleistungen im Binnenmarkt“<sup>2</sup> vorgelegt. Diese Richtlinie ist Teil des vom Europäischen Rat in Lissabon (2000) beschlossenen Wirtschaftsreformprozesses. Dieser soll die Europäische Union bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt machen. Das Potenzial des Dienstleistungssektors für Wachstum und Beschäftigung konnte bisher aufgrund zahlreicher Hindernisse – so die Europäische Kommission<sup>3</sup> – nicht ausgeschöpft werden. Die Liberalisierung des Dienstleistungssektors wird als wichtigster Meilenstein für die Vollendung des Binnenmarkts gesehen.

#### **Der Anwendungsbereich**

Im Mittelpunkt des Richtlinienentwurfs steht die Beseitigung von rechtlichen Hindernissen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Grundsätzlich sind sämtliche Dienstleistungen, die wirtschaftliche Tätigkeiten sind und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, erfasst. Es wurde der horizontale Ansatz einer Rahmenrichtlinie gewählt, um einen sehr weiten Bereich und auch zukünftige Entwicklungen abzudecken. Explizit ausgenommen sind nur Finanzdienstleistungen, elektronische Kommunikation, Verkehr und das Steuerwesen, da diese bereits gemeinschaftsweit geregelt sind. In den Regelungsumfang fällt neben den gewerblichen, kaufmännischen, handwerklichen und freiberuflichen Tätigkeiten auch der überwiegende Teil der öffentlichen, sozialen, kulturellen, kommunalen und bildungspolitischen Leistungen, so der Erbringer – von wem auch immer – eine wirtschaftliche Gegenleistung erhält.

Der Richtlinienentwurf unterscheidet in seinen Deregulierungsansätzen zwischen der Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer und dem grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt.

---

1 Benannt nach Frits Bolkestein, der als EU-Binnenmarktkommissar die Richtlinie vorgeschlagen hat.

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endgültig/2 vom 25.2.2004.

3 „Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor“, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, KOM(2000) 888 endgültig vom 29.12.2000.

## **Deregulierung nationaler Bestimmungen für die Niederlassung von Dienstleistungsunternehmen**

Aus den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Anforderungen, die ein sich niederlassender Dienstleister zu erbringen hat, ergeben sich aus der Sicht der Wirtschaft Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit. Genehmigungsregelungen sollen abgebaut werden. Ausgenommen davon sind nur solche, die durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt bzw verhältnismäßig sind. Zwei Ansätze werden verfolgt: Zum einen nennt die Richtlinie zahlreiche „unzulässige“ Anforderungen, die verboten sind. Zum anderen soll ein Prozess der „Modernisierung“ für die bestehenden Bestimmungen eingeleitet werden. Hierfür werden Kriterien zur Überprüfung bestehender einzelstaatlicher Vorschriften eingeführt und ein Moratorium vorgeschlagen.

Zu den unzulässigen Anforderungen zählen ua Auflagen, eine Hauptniederlassung statt einer Tochtergesellschaft bzw eine Zweigniederlassung zu unterhalten oder Mehrfachregistrierungen zu verbieten. Ebenso ist die Verpflichtung zur Registrierung, wirtschaftlichen Bedarfsprüfung oder Vorlage von finanziellen Sicherheiten untersagt. Eine der unmittelbaren Folgen ist die wesentliche Erleichterung von Sitzverlegung und Errichtung von Briefkastenfirmen innerhalb des Binnenmarktes. Eine „Ausfluggangswelle“ von Dienstleistungsunternehmen in Ländern mit den niedrigsten rechtlichen Anforderungen und Kontrollen für ihre unternehmerische Tätigkeit ist daher zu befürchten.

Die Richtlinie nennt eine Reihe von Anforderungen, die in einem wechselseitigen Evaluierungsverfahren zu überprüfen und gegebenenfalls zu beseitigen sind. Darunter fallen ua mengenmäßige oder territoriale Beschränkungen, Vorschriften zur Rechtsformwahl, Anforderungen an Mindestkapitalausstattung für bestimmte Tätigkeiten bzw Mindestbeschäftigungszahlen, Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen sowie das Verbot von Verkäufen unter dem Einstandspreis. Letzteres lässt sich so interpretieren, dass die Kommission die ruinöseste Form des Wettbewerbs durchaus gut heißt! Mit Aufheben des wettbewerbsrechtlichen Verbots von Dumpingpreisen wird dem Verdrängungswettbewerb durch transnationale Konzerne Tür und Tor geöffnet. Kehrseite der Preiskämpfe ist ein steigender Druck auf Arbeitsbedingungen, Löhne und Produktqualität.

Weiters soll dem Dienstleister keine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben werden dürfen, womit auch Gesellschaften ohne Erwerbszweck unter die Richtlinie fallen. Dies leistet der Kommerzialisierung im Non-Profit-Sektor, von dem unverzichtbare Wohlfahrtsdienste zur Verfügung gestellt werden, Vor-schub.

## **Herkunftslandprinzip für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr**

Herzstück der Bolkesteinrichtlinie ist die horizontale Anwendung des Herkunftslandprinzips zur Deregulierung von grenzüberschreitend erbrachten Dienstleistungen. Dieses besagt, dass der Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen des Herkunftslandes zu entsprechen hat. Allein der Herkunftsmitgliedstaat ist verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachte Leistung zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.

Das Herkunftslandprinzip hat zur Folge, dass die Dienstleistungsstandards eines Landes nur noch für inländische Unternehmen bestehen, nicht mehr für all jene, die ihren Sitz in anderen EU-Staaten haben. Im jeweiligen Mitgliedstaat würde kein einheitliches Recht mehr gelten! Damit treten die nationalen Rechtssysteme innerhalb eines jeden Mitgliedstaats direkt miteinander in Konkurrenz, was von Seiten der Kommission intendiert ist. Das Herkunftslandprinzip stimuliert einen Wettlauf um niedrigere Standards und Normen im Dienstleistungssektor, da inländische Betriebe strengeren Auflagen unterworfen sind und eine Gleichstellung mit der ausländischen Konkurrenz einfordern und uU einklagen werden. Für das Unternehmen wiederum bringt es große Wettbewerbsvorteile, sich in dem Land anzusiedeln, wo Bestimmungen hinsichtlich Berufsqualifikation, Steuern und Abgaben, Sicherheitsvorschriften, Anstellung und Entgelt etc niedrig sind.

Das „race to the bottom“ wird dadurch verstärkt, dass einzig und allein die Behörden des Herkunftslandes die Vorschriften kontrollieren und bei Verstößen Sanktionen verhängen können. Die Behörden im Land der Leistungserbringung hingegen dürfen nur mehr Sachverhalte erheben. Darüber hinaus sind sie auf Behördenkooperation angewiesen. Auch wird es dem Mitgliedstaat faktisch unmöglich gemacht, festzustellen, welcher Dienstleister überhaupt im Land tätig ist, da untersagt sein soll, eine Meldung abzugeben, eine Genehmigung zu beantragen, eine Registrierung vorzunehmen, eine Anschrift zu verlangen oder eine vertretungsberechtigte Person zu bestellen.

Abgeleitet vom geltenden Herkunftslandprinzip für den Warenverkehr im Binnenmarkt sieht der Richtlinienvorschlag dies auch für Dienstleistungen vor. Hierbei wird nicht hinterfragt, ob es einen entscheidenden Unterschied zwischen dem Verbrauch von importierten Waren oder vor Ort erbrachten Diensten gibt. Bisher wurde bei so sensiblen Bereichen wie Dienstleistungen der Weg der branchenweisen Harmonisierung nationaler Rechtsbestimmungen bzw gegenseitigen Anerkennung beschritten, begleitet von flankierenden Maßnahmen im Bereich der Sozial-, Konsumenten- und Umweltpolitik. Die Kommission begründet den Paradigmenwechsel in der Binnenmarktpolitik damit, dass der bisher beschrittene Weg der branchenweisen Harmonisierung bzw gegenseitigen Anerkennung zu langwierig sei. Hiermit hat sie ausschließlich die Interessen der Wirtschaft vor Augen und vernachlässigt gleichwertige europäische Zielsetzungen wie qualitativ hochwertige Beschäftigung und soziale Kohäsion.

### **Die Bolkesteinrichtlinie wird auf breiter Front kritisiert**

Neben Gewerkschaften und zahlreichen Nichtregierungsorganisationen lehnen auch Teile der Wirtschaft die tief greifenden Einschnitte in das nationale und europäische Recht ab. In umfangreichen Studien und Stellungnahmen weisen die Betroffenen auf die inakzeptablen Folgen hin. Insbesondere in den Benelux- sowie skandinavischen Ländern, Frankreich und Deutschland hat sich die breite Öffentlichkeit des Themas angenommen. Stein des Anstoßes ist das radikale Herkunftslandprinzip und die damit im Zusammenhang stehende unpraktikable Behördenkooperation. Heftig kritisiert wird aber auch die unzureichende Abgrenzung zur Daseinsvorsorge. Darüber hinaus wird die Richtlinie einen massiven Druck auf Arbeits- und Entlohnungsbedingungen, KonsumentInnenrechte und Umweltschutz ausüben.

### **Beratungen auf europäischer Ebene**

Die Richtlinie ist im Mitentscheidungsverfahren<sup>4</sup> des Europäischen Parlaments zu verabschieden. Die 1. Lesung zum Richtlinienentwurf wird voraussichtlich im Juni stattfinden. Berichterstatterin des federführenden Binnenausschusses ist Evelyne Gebhardt von der SPE. Sie arbeitet eng mit dem Ausschuss für Beschäftigung zusammen. Evelyne Gebhardt kritisiert ua, dass die Kommission in Ausarbeitung der Richtlinie nur die Wirtschaft, nicht aber die Bevölkerung gehört hat und räumt der Zivilgesellschaft in der Beratungsphase eine gewichtige Stimme ein. Bei der öffentlichen Anhörung am 11. November vergangenen Jahres haben neben ExpertInnen und GewerkschafterInnen VertreterInnen von Branchenverbänden Stellung bezogen. Auffallend war, dass in allen Beiträgen Probleme aufgezeigt und Abänderungswünsche dargelegt wurden. Keine/r – selbst die Bauwirtschaft als ein Vertreter der Industrie – konnte den vorliegenden Entwurf so akzeptieren. Zum jetzigen Zeitpunkt ist absehbar, dass das

---

<sup>4</sup> Das Mitentscheidungsverfahren (Art 251 EGV) sieht die Mitwirkung des Europäischen Parlaments vor: Das Europäische Parlament gibt zum Richtlinienentwurf eine Stellungnahme mit verbindlichen Abänderungsanträgen ab (1. Lesung). Der Rat wiederum entscheidet mit qualifizierter Mehrheit. Billigt der Rat alle in der Stellungnahme des Parlaments enthaltenen Abänderungen, so kann er den vorgeschlagenen Rechtsakt in der abgeänderten Fassung erlassen. Andernfalls legt der Rat einen Gemeinsamen Standpunkt fest und übermittelt ihn dem Parlament. Das Parlament kann dann binnen 3 Monaten den Gemeinsamen Standpunkt mit der absoluten Mehrheit seiner Mitglieder ablehnen bzw Abänderungen vornehmen. Ansonsten gilt die Rechtsakte entsprechend des Gemeinsamen Standpunktes als erlassen. Kommt es in diesem Verfahren zu keiner Einigung, so wird ein Vermittlungsausschuss mit Mitgliedern des Rats und des Europäischen Parlaments mit der Einigung auf einen gemeinsamen Entwurf beauftragt.

Europäische Parlament in der 1. Lesung sehr viele Abänderungsanträge zu behandeln haben wird. Allein dies wird einige Zeit in Anspruch nehmen. Ob es eine Mehrheit für eine grundlegende Revision geben wird, ist offen, da die Meinungen in den einzelnen Fraktionen des Europäischen Parlaments gespalten sind.

Grundsätzlich stellt sich die Frage, wer die Verbündeten der Kommission in Sachen Bolkesteinrichtlinie sind. Die europäische Industrie hat großes Interesse an der Deregulierung der Dienstleistungsmärkte. Die Klein- und Mittelbetriebe hingegen sehen Gefahren durch verstärkten und unfairen Wettbewerb.

Auf Ratsebene finden seit März 2004 Beratungen in der zuständigen Arbeitsgruppe „Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum“ statt. Die Mitgliedstaaten haben eine Fülle von Bedenken und Vorbehalte zu einzelnen Bestimmungen vorgebracht, doch werden die wesentlichen Inhalte des Richtlinienvorschlags nicht hinterfragt. Übergreifende Aspekte werden auch in anderen Ratsarbeitsgruppen behandelt. So hat der Ausschuss für Zivilrecht in einer Stellungnahme die massiven Konflikte mit dem Richtlinienentwurf und dem internationalen Privatrecht dargelegt.

Die jeweiligen Ratspräsidentenschaften behandeln die Richtlinie prioritär. Die niederländische Präsidentenschaft hat die Diskussion im Rat Ende letzten Jahres in einem Arbeitsdokument zusammengefasst, um die Beratungen in der Arbeitsgruppe voranzutreiben. Als Ratsdokument<sup>5</sup> ist es jetzt Grundlage der weiteren Beratungen. Auch wenn es inhaltlich keine wesentlichen Änderungen vorsieht, sind die Erklärungen bzw. Klarstellungen – vorwiegend in den Erwägungsgründen vorgenommen – grundsätzlich zu begrüßen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die einzelnen Bestimmungen des Richtlinienentwurfs teils sehr vage sind und unterschiedliche Lesarten zulassen. Bevor eine konkrete Analyse durchgeführt werden kann, besteht noch großer Klärungsbedarf seitens der EU-Kommission bezüglich der vorgeschlagenen Maßnahmen.

Es ist vorgesehen, die Richtlinie Ende 2005 (unter der Präsidentschaft Großbritanniens) zu verabschieden. Großbritannien zählt zwar zu den uneingeschränkten Befürwortern dieser Richtlinie, dennoch ist es fraglich, ob es angesichts der großen Widerstände zu einer Einigung in diesem Zeitraum kommen wird. Die Weiterverhandlung und Verabschiedung könnte daher unter der österreichischen Präsidentschaft (ab 01.01.2006) erfolgen.

Auf Ebene der europäischen Wirtschaftsminister hat es erstmals Ende November im EU-Wettbewerbsrat eine informelle Aussprache gegeben. Dabei kamen auch kontroverse Ansichten über das Herkunftslandprinzip zu Tage. Minister Bartenstein gehört zu den Befürwortern des Richtlinienvorschlags. Andere Minister reagieren auf die öffentliche Kritik und wollen einzelne, sensible Sektoren von dem Anwendungsbereich ausgenommen haben. Das Kernelement der Richtlinie, nämlich das Herkunftslandprinzip, wird auf Ministerebene grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Im Europäischen Parlament hingegen gibt es Ausschuss-Stellungnahmen, die die Streichung des Herkunftslandprinzips fordern. Die politische Diskussion im Rat konzentriert sich weitgehend darauf, eine Reihe von Ausnahmen zu klären. Die Liste der Bereiche, die das eine oder andere Mitgliedsland vom Anwendungsbereich ausnehmen will, ist lang: Gesundheit, soziale Sicherheit, Glücksspiele, Transport, Fremdenverkehr, Presse, audiovisuelle Dienste, reglementierte Berufe, Waffen, Pyrotechnik, Tierversuche, Abwasserbehandlung, staatlich finanzierte Tätigkeiten im Bereich Forschung, Erziehung und (Aus-)Bildung, Zeitarbeitsagenturen, Rechtsberatung, Postdienste, Energiedienstleistungen, Sicherheits- und Wachdienste, Luftüberwachung, Heiratsvermittlungen etc. Die Kommission wiederum hat wiederholt gemeint, eine „Emmentaler“-Richtlinie würde sie nicht akzeptieren. Das wiederum nährt vage Hoffnungen, dass die Kommission den Richtlinienentwurf zurückziehen könnte.

---

<sup>5</sup> Konsolidierte Fassung des „Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, Rat der Europäischen Union, 5161/05, Brüssel 10. Januar 2005.

## Die österreichischen Positionen zur Dienstleistungsrichtlinie

Aus ArbeitnehmerInnen-sicht sind zahlreiche Argumente anzuführen, warum der Richtlinien-vorschlag massiv sozial-, konsumentenInnen- und umweltpolitische Interessen verletzt. Hauptkritikpunkte sind:

- Die unklare Abgrenzung zur Daseinsvorsorge: Es sind die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten und ihrer Gebietskörperschaften im Hinblick auf Definition und Ausgestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vertraglich abzusichern;
- Das Herkunftslandprinzip für grenzüberschreitendes Dienstleistungserbringen: Dieses ist grundsätzlich nur denkbar, wenn die wirtschaftlichen Dienstleistungen branchenspezifisch hinreichend harmonisiert sind, um Wettbewerbsverzerrungen – durch eine schrittweise Annäherung der Gesetzgebungen – über Mindeststandards zu vermeiden. Auch sollen die Behörden unverändert Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten vor Ort des Unternehmens haben, um wirkungsvoll die Einhaltung der nationalen Bestimmungen (ua Sicherheitsstandards, Arbeitsschutz, arbeitsrechtliche Verträge) auch hinsichtlich der Arbeitsbeziehungen zu überprüfen und im Gefahrenfall, bei illegalen Praktiken etc einschreiten zu können;
- Das Fehlen der ausdrücklichen Ausnahme arbeits- und sozialrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Richtlinie;
- Fehlende Möglichkeiten der konsequenten Überwachung des rechtmäßigen Verhaltens von Dienstleistern und die rasche Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes bei Rechtsverletzungen durch die ortsansässigen Behörden, um VerbraucherInnen und MitbewerberInnen Schutz vor unredlichen, schädigenden Verhaltensweisen im Geschäftsverkehr zu gewährleisten;
- Fehlende Gewährleistung von tatsächlich funktionierenden Behördenkooperationen unter Wahrung der Kompetenzaufteilung (ua Bewältigung der Sprachproblematik in Verwaltungszusammenarbeit);
- Mangelnde qualitative Absicherung unseres Berufsausbildungssystems.

Mit dieser Kritik stehen wir keineswegs alleine da. Gewerkschaften, Nichtregierungsorganisationen wie ATTAC, Armutskonferenz, Volkshilfe, Österreichische Hochschülerschaft, ÖKO-Büro und viele mehr lehnen den Richtlinienentwurf ab, da dieser den österreichischen Wohlfahrtsstaat, soziale und umweltpolitische Errungenschaften massiv gefährdet und Rechtsunsicherheit bringt. Die Opposition hat im EU-Unterausschuss des Parlaments einen Bindungsantrag gestellt, um die österreichische Regierung auf eine Revision der Bolkesteinrichtlinie festzulegen. Mit den Stimmen der Regierungsparteien wurde der Antrag abgelehnt. Minister Bartenstein hat versichert, dass österreichische Bestimmungen nach wie vor einzuhalten seien. Doch wie dies mit dem Herkunftslandprinzip korrespondiert, bleibt offen. Kritischer hingegen ist die Landespolitik. Der burgenländische und oberösterreichische Landtag sowie der EU-Ausschuss des Salzburger Landtags haben einstimmig einen Antrag verabschiedet, der die Bundesregierung auffordert, die Bolkesteinrichtlinie abzulehnen. Im Wiener Gemeinderat hat sich die SPÖ-Fraktion mit Unterstützung der Grünen ebenfalls für die Ablehnung der Richtlinie eingesetzt. Darüber hinaus haben die Bundesländer eine gemeinsame Länderstellungnahme zum Richtlinien-vorschlag bereits im Sommer 2004 abgegeben, die inhaltlich kritisch ist und Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip fordert.

Die Wirtschaftsverbände hingegen begrüßen grundsätzlich den Richtlinienentwurf. Auch wenn die Wirtschaftskammer Österreich in ihrer ersten Stellungnahme im Interesse des Gewerbes große Bedenken vorgebracht hat, stellen sie in der revidierten Stellungnahme vom Dezember 2004 vom Herkunftslandprinzip erhoffte wirtschaftliche Vorteile für den Export von hochwertigen Dienstleistungen in den Vordergrund. Bedenken werden nur zu einzelnen Bestimmungen, wie etwa der Funktionstüchtigkeit der Behördenkooperation, vorgebracht.

## Jüngste Entwicklungen zeigen Bewegung in der Sache

Nachdem Staatspräsident Chirac Anfang Februar erklärte, dass die Richtlinie „auf den Prüfstand“ gelangen solle, da sie auf „Sozial- und Steuerdumping“ hinauslaufe, wurde die Bolkesteinrichtlinie in den europäischen Medien heftig diskutiert. Die französische Europa-Ministerin Claudie Haignere ließ verlautbaren, dass Frankreich die Richtlinie „nicht hinnehme“. Der Vorstoß war mit Deutschland abgestimmt und Kanzler Schröder hat sich ebenfalls gegen die Richtlinie in der ursprünglichen Form ausgesprochen. Deutschland wiederum fordert eine Reihe von branchenspezifischen Ausnahmen. Kommissionspräsident Barrosos Reaktion hat auf die französische sowie deutsche Kritik reagiert und erklärt, dass die Richtlinie nicht wie ursprünglich geplant kommen werde und die Kommission einstimmig beschlossen habe, diese zu überarbeiten. Doch wird der Richtlinienentwurf nicht zurückgezogen – dies wäre auch einzigartig in der europäischen Rechtssetzung – da dies zuviel Zeit koste. Die Kommission will eng mit dem Parlament und Rat zusammenarbeiten.

Die Kritiker der Bolkesteinrichtlinie sehen sich durch die jüngsten Entwicklungen in ihrer Haltung gestärkt und hegen die Hoffnung, dass das umstrittene Herkunftslandprinzip nicht kommen werde. Doch ist diese sicherlich verfrüht. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten unterstützt den Vorschlag der Kommission und sieht sich wieder von den zwei mächtigen EU-Ländern Frankreich und Deutschland „overruled“, was wohl eine „Gegenbewegung“ auslösen wird und die Diskussion polarisiert. Österreichs Wirtschaftsminister Bartenstein hat wiederholt, dass er keinen Änderungsbedarf am Richtlinienentwurf sehe.

Umso wichtiger ist es, dass insbesondere in Österreich eine breite Diskussion unter Einbeziehung aller Betroffenen um die sozioökonomischen Auswirkungen der Umsetzung des Herkunftslandprinzips geführt wird. Wir als ArbeitnehmerInneninteressenvertretung sehen es als unsere Aufgabe, dieses Thema breit zu diskutieren und die Gefahren aufzuzeigen. Die sozialen und gesellschaftlichen Ziele der Union sind gefährdet, wenn das Herkunftslandprinzip in der vorgeschlagenen Form verwirklicht wird. Der Nivellierungsdruck der Marktmechanismen gefährdet massiv das Wohlstandsniveau Österreichs.

### 2.1.2. Mythos Herkunftslandprinzip

Alice Wagner, Valentin Wedl

Über den Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>6</sup> und seine Auswirkungen wurde bereits im Beitrag von Elisabeth Beer berichtet. Ziel dieses Beitrags ist es, das Kernstück des Kommissionsvorschlags, das so genannte Herkunftslandprinzip (im Folgenden HKLP) näher zu beleuchten. Dieses war bei all jenen, die in der Vergangenheit der Bolkesteinrichtlinie differenziert gegenüber gestanden sind, ein – wenn nicht *der* Hauptkritikpunkt.

Unter HKLP im Sinne des Kommissionsvorschlags wird verstanden, dass „Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaats unterfallen“<sup>7</sup>. Anstatt einer Kontrolle durch die Behörden des Ziellandes ist gemäß Art 16 Abs 2 ausschließlich „der Herkunftsmitgliedstaat [...] dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren.“ Im Sinne des Kommissionsvorschlags bedeutet HKLP weiters, dass die Mitgliedstaaten

---

<sup>6</sup> Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Dok KOM(2004) 2.

<sup>7</sup> Vgl Art 16 Abs 1 Kommissionsvorschlag.

die Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer nicht beschränken dürfen<sup>8</sup>. So dürfen die Dienstleistungserbringer nicht verpflichtet werden, im Zielland eine Niederlassung zu unterhalten, eine bestimmte Infrastruktur aufzubauen oder die für die Erbringung einer Dienstleistung im Zielland geltenden Anforderungen zu erfüllen<sup>9</sup>. Dieses Prinzip wird durch generelle Ausnahmeregelungen, Übergangsregelungen und spezielle Ausnahmen für Einzelfälle ergänzt<sup>10</sup>. In dieser „radikalen“ Ausprägung bedeutet das HKLP, dass beispielsweise bei einer Dienstleistungserbringung eines in der Slowakei niedergelassenen Unternehmens in Österreich grundsätzlich nur die slowakischen Bestimmungen im Hinblick auf die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit anwendbar sind (zB das slowakische Gewerberecht).

Von ExpertInnen aus der Praxis wurde zu dieser „radikalen“ Form des HKLP vermehrt die Frage aufgeworfen, welches Interesse das Herkunftsland denn habe solle, die Auslandsgeschäfte der bei ihm beheimateten Unternehmen zu kontrollieren, deren Geschäftstätigkeit sich doch durchaus positiv auf die Außenwirtschaftsbilanz des Herkunftslandes auswirke<sup>11</sup>. Durch den Kommissionsvorschlag gänzlich unbeantwortet bleiben auch die Fragen, ob bei den zuständigen Behörden der Herkunftsländer überhaupt die für die Kontrollen notwendigen strukturellen und personellen Ressourcen vorhanden sind, und wie eine effektive Kontrolle im Zielland durchgeführt werden soll, ohne dass dem Herkunftsland vor Ort entsprechende Befugnisse zur Verfügung stehen.

Als Argument für das Herkunftslandprinzip wird angeführt, dass es zum Teil schon jetzt gängige Judikatur des EuGH darstellt, und dass es zudem gleichsam binnenmarktfeindlich und in letzter Konsequenz sogar „antieuropäisch“ sei, „das Herkunftslandprinzip“ abzulehnen. Diese Wertung beruht auf einem Missverständnis: Denn eine genauere Betrachtung verdeutlicht, dass das Herkunftslandprinzip in Wahrheit zwei vollkommen unterschiedliche Ausprägungen kennt. Diese sollen nachfolgend näher dargestellt werden. Daneben sei aber noch folgender grundsätzlicher Gedanke betont: Das HKLP ist nicht – entgegen häufig vorgebrachter Auffassungen – Element des EG-Vertrags. In diesem Sinn hat auch der EuGH in einer Entscheidung<sup>12</sup> ausgesprochen, dass das HKLP lediglich eine Möglichkeit ist, für die sich der Gemeinschaftsgesetzgeber entscheiden kann<sup>13</sup>.

## Die „radikale“ Ausprägung des HKLP

In seiner hier als „radikal“ bezeichneten Ausprägung nach Maßgabe des Kommissionsvorschlags bedeutet HKLP, dass die Rechtsordnung des Ziellandes überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommt. Das Gemeinschaftsrecht zum freien Dienstleistungsverkehr kennt diese radikale Form grundsätzlich nur in einzelnen Fällen, in denen separates Sekundärrecht für einzelne Dienstleistungsbranchen geschaffen worden ist. Grob zusammenfassend betrifft dies zum einen bestimmte Dienstleistungssektoren, die im Lichte ihrer Eigenart einen besonderen internationalen Charakter aufweisen (insbesondere e-Commerce<sup>14</sup> und Fernsehen<sup>15</sup>). Zum anderen findet das „radikale“ HKLP seinen Niederschlag in jenen Sektoren, für die auf Grundlage so genannter Anerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien die

---

8 Vgl Art 16 Abs 2 Kommissionsvorschlag.

9 Vgl Art 16 Abs 1 und Abs 2 sowie Abs 3 lit a – i Kommissionsvorschlag.

10 Vgl Artikel 16ff des Kommissionsvorschlags sowie die einleitenden Bemerkungen im Dok KOM (2004) 2, S 4, S 10.

11 Vgl Fritz, Auf dem Weg zur Sonderwirtschaftszone, Die Dienstleistungsrichtlinie der EU (2004).

12 Rs C-233/94, Einlagensicherungssysteme (Deutschland/EP und Rat) Urteil vom 13. Mai 1997.

13 Aus den Entscheidungsgründen (Entscheidung nicht in deutscher Sprache zugänglich): 64. The Court finds, first, that it has not been proved that the Community legislature laid down the principle of home State supervision in the sphere of banking law with the intention of systematically subordinating all other rules in that sphere to that principle. Second, since it is not a principle laid down by the Treaty, the Community legislature could depart from it, provided that it did not infringe the legitimate expectations of the persons concerned. Since it had not yet acted in regard to the guarantee of deposits, no such legitimate expectations could exist.

14 Artikel 3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr.

15 Artikel 2 der Richtlinie 89/552/EWG idF der Richtlinie 97/36/EG („Fernseh-Richtlinie“).

Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung erleichtert worden ist (zB einzelne Finanzdienstleistungen oder einzelne freiberufliche Tätigkeiten – wie Rechtsanwaltstätigkeiten)<sup>16</sup>.

Für derartige sektorspezifische Anerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien ist es charakteristisch, dass sie den radikalen Gedanken des HKLP nach Maßgabe des Kommissionsvorschlags immer nur partiell<sup>17</sup> und bei entsprechender Risikogeneignetheit der Dienstleistung auch stets flankiert durch harmonisierte Schutzbestimmungen durchsetzen<sup>18</sup>. Abgesehen davon, dass es sich beim Kommissionsentwurf um eine Rahmenrichtlinie, also ganz im Gegensatz zum sektorspezifischen um eine horizontale Vorgehensweise handelt, stellt der Kommissionsvorschlag auch bei der Frage der Harmonisierung noch eine Verschärfung der „radikalen“ Ausprägung des HKLP dar: Anders als bei den oben dargelegten Anerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien wurde mit dem Kommissionsvorschlag – entgegen permanent gegenteiligen Ausführungen im Kommissionsvorschlag<sup>19</sup> – keine ausgewogene Mischung aus Anerkennung, Verwaltungszusammenarbeit, Herkunftslandprinzip und Harmonisierung vorgenommen. Enthält doch der Kommissionsvorschlag keine Maßnahmen zur Harmonisierung, sondern lediglich Regelungen prozessualer Natur.

### **Die „gemäßigte“ Ausprägung des HKLP**

In einer hier als „gemäßigt“ bezeichneten Ausprägung bedeutet HKLP, dass zunächst das Recht des Bestimmungslandes grundsätzlich anwendbar bleibt (im erwähnten Fall des slowakischen Unternehmens also etwa „die österreichische Gewerbeordnung“). Jedoch dürften bei der Ausgestaltung und Anwendung des österreichischen Rechts dem Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats keine abermaligen Belastungen – insbesondere bürokratischer Natur – auferlegt werden, sofern das Unternehmen bereits in seinem „Herkunftsland“ entsprechende Voraussetzungen erfüllt hätte. In diesem Sinn hat ein Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet eine Dienstleistung durch Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats erbracht werden soll, bei der behördlichen Kontrolle dieser Tätigkeiten alle Voraussetzungen, insbesondere Genehmigungen, zu berücksichtigen, die der betreffende Dienstleister in seinem Herkunftsland bereits erfüllt hat<sup>20</sup>. Die in der Fußnote zitierten Judikate markieren den Beginn und das (nur vorläufige) Ende einer breiten Palette an Entscheidungen zum freien Dienstleistungsverkehr (Artikel 49 EGV). Ihnen liegt zu Grunde, dass Dienstleistungen – soweit sie nicht durch Sekundärrecht näher geregelt werden – selbstverständlich den Bestimmungen des Tätigkeitslandes (Bestimmungslandes, Gastlandes, Empfangsstaates) unterliegen. Es bleibt daher – ganz im Gegensatz zur „radikalen“ Ausprägung des HKLP – „grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, den Ordnungsrahmen für eine Dienstleistung jeweils selbst zu bestimmen“<sup>21</sup>.

Mangels besonderer sekundärrechtlicher Regelungen im Gros des Dienstleistungsbereichs, wodurch dieser Ordnungsrahmen – insbesondere im Sinne des „radikalen“ HKLP – eingeschränkt wäre, bleiben die Mitgliedstaaten somit Souverän über die Erbringung von Dienstleistungen auf ihrem Staatsgebiet. Sie müssen nur die „gemäßigte“ Form des HKLP nach Maßgabe der Judikatur des EuGH beachten.

---

<sup>16</sup> Siehe umfassend in Lenz/Scheuer, EGV, Anhang zu Art 43-55.

<sup>17</sup> So kennt etwa die Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs für Rechtsanwälte das „Herkunftslandprinzip“ zwar für herkömmliche Rechtsberatung. Die Mitgliedstaaten können jedoch für die Vertretung von Mandanten vor Gericht die Heranziehung eines im „Bestimmungsland“ zugelassenen Korrespondenzanwaltes vorsehen (Artikel 5). Überdies ist ein Rechtsanwalt eines anderen Mitgliedstaates in jedem Fall an die Berufsausübungsregeln des „Bestimmungslandes“ gebunden.

<sup>18</sup> Vgl etwa Richtlinie 2000/12/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute.

<sup>19</sup> Vgl Erwägungsgrund 6 des Kommissionsvorschlags und einleitende Bemerkungen im Dok KOM(2004) 2, 4, 9, 11, 12f, 22.

<sup>20</sup> Grundlegend betreffend Stellenvermittlungsbüros für Bühnenkünstler EuGH, Rs 110/78, Van Wesemael, Slg. 1979, 35; zuletzt für private Sicherheitsdienste EuGH, Urteil vom 07.10.2004, Rs C-189/03, Kommission gegen Niederlande, noch nicht in Slg veröffentlicht.

<sup>21</sup> Holoubek in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, Artikel 49, Rn 77.



Wenngleich die Judikatur des EuGH aus der Sicht exportwilliger Dienstleistungserbringer dabei tendenziell grundfreiheitenfreundlich ausgerichtet ist, und die Mitgliedstaaten dem entsprechenden Rechtfertigungsdruck einzelstaatlicher Regelungen vielfach nicht Stand zu halten vermögen, ist diese „gemäßigte“ Berücksichtigung der erbrachten Erfordernisse im Herkunftsland durchaus verständlich. Andernfalls hätte der Gerichtshof keine Handhabe, um gegen staatliche Maßnahmen mit protektionistischen Hintergedanken vorzugehen (zB anachronistische Gebietsmonopole). Schließlich respektiert der Gerichtshof auch einzelstaatliche Regelungen, die darauf gerichtet sind, einen Missbrauch durch Unternehmen insoweit zu verhindern, als letztere sich unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit der Anwendung strengerer nationaler Berufsvorschriften entziehen wollen<sup>22</sup>.

Um es plakativ zu sagen: Wer vor diesem Hintergrund das Herkunftslandprinzip in seiner „gemäßigten“ Ausprägung in Form eines Berücksichtigungsgebots hinsichtlich jener Anforderungen, die grenzüberschreitende DienstleisterInnen bereits in ihrem „Herkunftsland“ erfüllt haben, ablehnt, stellt sich gewiss tendenziell gegen entwickelte Leitprinzipien des Binnenmarktes. Wer indessen das Herkunftslandprinzip in seiner „radikalen“ Ausprägung nach Maßgabe des Kommissionsvorschlags ablehnt, stellt sich indessen nicht gegen Leitideen des Binnenmarktes. Er/Sie tritt eher zu dessen Rettung an, indem ein Zustand verhindert wird, in dem der ohnedies verwerfliche – und im Lichte des kaum harmonisierten Steuerrechts leider zulässige – Standortwettbewerb zu einem unvermeidlichen Wettbewerb um die niedrigsten Niveaus im einzelstaatlichen Sozial-, Umwelt- und Verbraucherschutz ins Perverse gesteigert würde.

Diese Gefahr muss allen vernünftig denkenden Menschen spätestens bei den ebenfalls mit dem Kommissionsvorschlag vorgesehenen Erleichterungen der Niederlassungsfreiheit für Dienstleistungserbringer offenkundig werden<sup>23</sup>.

### 2.1.3. Die EU-Dienstleistungsrichtlinie – Wettbewerb der Rechtssysteme

Dorothea Herzele

Mit dem von der EU-Kommission vorgelegten Richtlinienvorschlag „Dienstleistungen im Binnenmarkt“ soll ein Rechtsrahmen geschaffen werden, durch den möglichst alle rechtlichen und administrativen Hindernisse beseitigt werden, die aus Sicht der EU-Kommission einem Binnenmarkt für Dienstleistungen entgegenstehen. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Dienstleistungserbringer die Möglichkeit haben soll, seine Tätigkeit ebenso frei innerhalb des Binnenmarkts erbringen zu können, wie auf einem nationalen Markt<sup>24</sup>. Umstrittener Kern dieses Richtlinienvorschlags ist das so genannte „Herkunftslandprinzip“ – das im Wesentlichen das Ziel verfolgt, Dienstleister nur an die rechtlichen Vorschriften jenes Landes zu binden, in denen sie ihre jeweilige Niederlassung haben („Herkunftsland“), auch wenn sie in einem anderen Land („Gastland“) tätig sind. Für die Kontrolle ist die Behörde des Herkunftslandes zuständig<sup>25</sup>.

---

22 Vgl. EuGH Rs C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-1417, Rn 17.

23 Kapitel II, Artikel 5ff des Kommissionsvorschlags.

24 In Anlehnung zur Warenverkehrsfreiheit, wonach Waren innerhalb des Binnenmarktes frei zirkulieren können.

25 Vgl. dazu Alice Wagner, „Mythos Herkunftsland“, in dieser Publikation, Kapitel 2.1.2, „Mythos Herkunftslandprinzip“, Seite 13)

Auf den ersten Blick ist das Ziel des Richtlinienvorschlags nachvollziehbar, denn es entspricht dem Prinzip des gemeinsamen Binnenmarkts (also eines Raumes ohne Grenzen). Aber im Vergleich zu anderen Bereichen (wie va für Waren) ist eine Liberalisierung der Dienstleistungen mit zahlreichen Problemen verbunden, deren Folgen für vor allem für KonsumentInnen und ArbeitnehmerInnen derzeit nicht abschätzbar sind<sup>26</sup>. Kritiker der Dienstleistungsrichtlinie warnen vor allem in Zusammenhang mit dem „Herkunftslandprinzip“ vor der Gefahr, dass dieses Prinzip zu einem „Wettbewerb zwischen Rechtssystemen“ führen könnte<sup>27</sup>, mit dem Ergebnis, dass Mitgliedsstaaten mit „restriktiveren“ Gesetzen und Vorschriften ihr rechtliches Niveau längerfristig gegenüber „liberaleren“ Rechtssystemen nicht aufrecht erhalten werden können („race to the bottom“). In diesem Zusammenhang soll in diesem Artikel darauf hingewiesen werden, dass der Richtlinienvorschlag gerade in Österreich verstärkt zu einer so genannten „Inländerdiskriminierung“<sup>28</sup> führen könnte, mit der negativen Folge, dass – gegenüber anderen Mitgliedstaaten – restriktivere österreichische (Schutz)Regelungen (zB Sozialstandards) durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof aufgehoben werden könnten.

## Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr

Welche Hindernisse können einem Binnenmarkt für Dienstleistungen entgegenstehen? Mögliche Behinderungen für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer<sup>29</sup> können vor allem in zwei Situationen auftreten:

- wenn sich ein Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchte, um dort seine Dienstleistungen zu erbringen (zB ein deutscher Bauunternehmer möchte eine Niederlassung in Salzburg gründen) oder
- wenn ein Dienstleistungserbringer von seinem Herkunftsmitgliedstaat aus grenzüberschreitend Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen möchte (zB ein slowakischer Tischler mit Niederlassung in Bratislava führt auch Auftragsarbeiten in Wien aus).

Ein Dienstleistungserbringer kann derzeit nicht ohne weiteres in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden, sondern muss die jeweiligen nationalen Gesetze und Vorschriften (wie zB Konsumentenrechte, Gewerbeordnung) des Gastlandes beachten. Aus Sicht der EU-Kommission wirken (restriktive) nationale Regelungen aber oft abschreckend und erschweren es dem Dienstleistungserbringer, die Niederlassungsfreiheit sowie den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten wahrnehmen zu können<sup>30</sup>. Dadurch kann – nach Ansicht der Kommission – auch das Potenzial des Dienstleistungssektors für Wachstum und Beschäftigung nicht ausgenutzt werden.<sup>31</sup>

Ziel der EU-Kommission ist es, diese Hindernisse möglichst rasch und umfassend zu beseitigen. Aufgrund der Heterogenität des Dienstleistungsbereiches<sup>32</sup> wählt die EU-Kommission hierbei einen horizontalen Ansatz, dh mit dem Richtlinienvorschlag sollen nicht nur – im Vorhinein nicht abschließend zu definierende – Dienstleistungsbereiche erfasst werden, sondern auch unterschiedliche nationale Rege-

---

26 Vgl zu den Problemen auch die weiteren Artikel zur Dienstleistungsrichtlinie in der vorliegenden Publikation.

27 Diese Zielsetzung wird von Vertretern der EU-Kommission auch nicht bestritten.

28 Von einer Inländerdiskriminierung wird dann gesprochen, wenn ein grenzüberschreitender Dienstleistungserbringer im Aufnahme- oder Zielland rechtlich besser gestellt ist, als ein dort ansässiger Inländer.

29 Grenzüberschreitend ist eine Dienstleistung nur dann, wenn zumindest zwei Mitgliedstaaten betroffen sind.

30 Aus Sicht des für diesen Richtlinienvorschlag verantwortlichen ehemaligen Binnenmarktkommissars Frits Bolkestein sind „die nationalen Vorschriften zum Teil archaisch, übertrieben aufwendig und verstoßen gegen das EU-Recht. Diese Vorschriften müssen schlichtweg verschwinden“.

31 Die EU-Kommission erwartet sich durch die Liberalisierung des Dienstleistungssektors 600.000 neue Arbeitsplätze (siehe Studie „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“, Copenhagen Economies, Jänner 2005).

32 Dienstleistungen gelten allgemein als nicht übertragbar, nicht lagerfähig und nicht transportierbar, die Beispiele reichen von Handels-, Verkehrs-, Bank- oder Versicherungsleistungen über Tourismus, Wäschereien oder Friseure bis hin zu Forschungstätigkeiten, Freien Berufen oder Gesundheits- und Bildungseinrichtungen. Vgl dazu Gablers Wirtschafts-Lexikon.

lungen. Welche nationalen Gesetze und Vorschriften von der Richtlinie betroffen und uU abgeändert werden müssten, kann ex-ante ebenfalls nicht abschließend beantwortet werden.

## **Derzeitige Regelungen für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr**

Die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit<sup>33</sup> zählt neben dem freien Kapital- und Warenverkehr zu jenen vier Freiheiten, die das „Herzstück“ des Europäischen Binnenmarkts darstellen. Im Folgenden werden kurz die Grundzüge derzeit geltender Regelungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dargestellt.

### **Die Niederlassungsfreiheit**

Der im EG-Vertrag (Art 43 ff) verankerte Grundsatz der Niederlassungsfreiheit erlaubt es selbstständig Erwerbstätigen (Person oder Unternehmen) in einem anderen Mitgliedstaat ohne Behinderung eine wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen und auszuüben.

Kernstück der Niederlassungsfreiheit ist ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV), dh Niederlassungsbegünstigte<sup>34</sup> sind gleich zu behandeln wie Inländer, also auch nach den gleichen Bestimmungen, wie sie der Aufnahmestaat auch für seine eigenen Staatsangehörigen vorsieht (so genannte „Inländergleichbehandlung“). Für den Niederlassungsbegünstigten gilt das Recht des Ortes der Leistungserbringung (Bestimmungslandprinzip). Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit gibt es vor allem aus Gründen des Allgemeininteresses, wie öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit oder öffentliches Gesundheitswesen. Der EuGH legt allerdings nationale Bestimmungen, die sich auf Ausnahmetatbestände stützen, sehr eng aus<sup>35</sup>.

### **Die Dienstleistungsfreiheit**

Der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit (Art 49 ff EGV) erlaubt es einem selbstständig Erwerbstätigen (Person oder Unternehmen), der in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, seine Dienste zeitweilig auch in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, ohne im Gastland eine Niederlassung gründen zu müssen. Wie auch bei der Niederlassungsfreiheit darf der grenzüberschreitende Dienstleister im Gastland keinen diskriminierenden oder restriktiven Maßnahmen unterliegen, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Es gilt das Bestimmungslandprinzip, also das Recht des Ortes der Leistungserbringung. Das bedeutet: Ein Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland (zB slowakischer Tischler) unterliegt grundsätzlich dem gleichen Recht wie sein österreichischer Konkurrent. Die Kontrolle obliegt der österreichischen Behörde.

Die nun vorgeschlagene Dienstleistungsrichtlinie dreht den bisherigen Grundsatz für den freien Dienstleistungsverkehr um: Geht es nach den Vorstellungen der EU-Kommission, gilt für den slowakischen Tischler zukünftig nicht mehr das österreichische Recht (Bestimmungslandprinzip), sondern das seines Herkunftslandes, also slowakisches Recht. Kontrolliert wird er ebenfalls durch die slowakischen Behörden (Herkunftslandprinzip).

---

33 Niederlassungsfreiheit ist Teil des Freien Personenverkehrs (dazu zählt auch die Freizügigkeit der Arbeitskräfte).

34 „Niederlassungsbegünstigte“ sind grundsätzlich nur Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die einen grenzüberschreitenden Gemeinschaftsbezug zu einem anderen Mitgliedstaat herstellen – vgl ausführlicher Straberger, EU-Recht, Niederlassungsfreiheit, S 10, 02/2000, weka-Verlag.

35 Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die beschränkende Maßnahme vier Voraussetzungen erfüllen: Sie muss notwendig, geeignet, verhältnismäßig und nicht-diskriminierend sein – vgl dazu „Gebhard“, Rs C-55/94, Urteil vom 20.11.1995, Slg 1995, Rn 37).

## Ausnahmen von der Inländergleichbehandlung

Die derzeit geltenden Regelungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit können auch zu Ungleichstellungen zwischen inländischen und ausländischen Dienstleistungserbringern führen: Um die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr zu fördern, zielt der EG-Vertrag nicht nur darauf ab, jegliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu beseitigen, sondern auch Maßnahmen zu setzen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit erleichtern. Diese betreffen vor allem die gegenseitige Anerkennung bzw. Koordinierung der nationalen Zugangs- und Ausübungsvorschriften (zB gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise, die in einem anderen Mitgliedstaat erworben wurden, aber auch im Zielland zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit berechtigen<sup>36</sup>).

Hierbei kann die Situationen eintreten, dass inländische Dienstleistungserbringer, die nur auf ihrem Heimatmarkt tätig sind, gegenüber grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringern benachteiligt werden. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in einer Branche das Berufsrecht für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung liberalisiert werden muss, Inländer jedoch weiterhin an strenge nationale Auflagen gebunden sind. Beispiel: Die Umsetzung von EU-Richtlinien<sup>37</sup> über die Anerkennung von Befähigungsnachweisen (Anerkennungsrichtlinie) in österreichisches Recht<sup>38</sup> bewirkte eine Benachteiligung von Inländern. Im Gegensatz zu österreichischen konnten sich andere EWR-Staatsbürger, die die Absolvierung der erforderlichen fachlichen Tätigkeiten in einem anderen EU-Mitgliedstaat nachweisen konnten, auf günstigere Bestimmungen berufen. Dies benachteiligte jene, die diese Praxis in Österreich absolviert hatten.

Diese „Inländerdiskriminierung“ wird allerdings vom EuGH nicht beanstandet<sup>39</sup>, da es sich seiner Meinung nach um ein Problem des nationalen Gesetzgebers handelt, dem es auch obliegt, Änderungen vorzunehmen. Ein Österreicher hat jedoch gute Chancen, wegen etwaiger Benachteiligungen gegenüber EU-Ausländern beim österreichischen Verfassungsgerichtshof zu klagen. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) sieht die „Inländerdiskriminierung“ als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz an. In einem Ende 2004 zum Tiroler Grundverkehrsgesetz ergangenen Erkenntnis führte das Höchstgericht dazu aus<sup>40</sup>: „Der Verfassungsgerichtshof judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger im Verhältnis zu Ausländern am Gleichheitssatz zu messen ist und daher einer sachlichen Rechtfertigung bedarf (vgl VfSlg 13084/1992, 14863/1997, 14963/1997). Diesen Gedanken wendet der Verfassungsgerichtshof – unter Hinweis auf die „doppelte Bindung des Gesetzgebers“<sup>41</sup> bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht – auch auf die so genannte „Inländerdiskriminierung“ an. In seinem Erkenntnis weist der VfGH darauf hin, dass durch eine Benachteiligung rein innerstaatlicher Sachverhalte im Verhältnis zu Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug, inländische Staatsbürger davon meist besonders betroffen sind<sup>42</sup>. Diese rechtliche Meinung vertrat der VfGH auch in seinen Erkenntnissen<sup>43</sup> zu den bereits weiter oben angeführten Fällen in Zusammenhang mit den Anerkennungsrichtlinien: Das Höchstgericht sah keine sachliche Rechtferti-

---

36 Eine berufliche Anerkennung von Qualifikationen ist dann erforderlich, wenn die berufliche Tätigkeit im Aufnahmestaat reglementiert ist und daher für die Ausübung der Tätigkeit eine bestimmte berufliche Qualifikation – wie zB Diplom oder Berufserfahrung – nachgewiesen werden muss (in Österreich ist dies zB für reglementierte Berufe gemäß § 94 GewO erforderlich).

37 Ua Richtlinie 75/368/EWG, Abl 1975 (Reisebegleiter und Freizeitbetriebe)

38 Vgl § 373 c Gewerbeordnung 1994 idF BGBl I 63/1997

39 Inländerdiskriminierung fällt nur dann unter den Schutzbereich des Art 12 EGV (Diskriminierungsverbot), wenn der Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Element enthält, dh es müssen also mindestens zwei Märkte betroffen sein.

40 Vgl: VfGH-Entscheidung vom 15.12.2004, S 13

41 Dh der Gesetzgeber bleibt bei der Ausführung von Gemeinschaftsrecht jedenfalls insoweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden, als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben dadurch nicht inhiert wird.

42 Die beanstandete landesgesetzliche Bestimmung wurde aufgehoben.

43 Vgl VfSlg 14863/1997, 14963/1997.

gung dafür, dass Personen mit einschlägiger fachlicher Tätigkeit im Ausland sich auf günstigere Bestimmungen berufen können<sup>44</sup> als Personen, die diese Praxis in Österreich erworben hatten<sup>45</sup>.

## **Konsequenzen der Anwendung des Herkunftslandprinzips**

Die Anwendung des Herkunftslandprinzips würde in der Praxis dazuführen, dass in Österreich bis zu 25 Rechtssysteme in bis zu 20 Sprachen gültig wären und in Konkurrenz zueinander treten würden. Das anzuwendende Recht wäre von Dienstleistung zu Dienstleistung und je nach Herkunftsland des Dienstleistungserbringers verschieden<sup>46</sup>.

In weiterer Konsequenz könnten österreichische Dienstleistungserbringer strengeren Auflagen unterliegen als Konkurrenten aus anderen Mitgliedsländern und dadurch massive wirtschaftliche Nachteile erleiden. Eine Fülle von Aufgriffspunkten bieten allein die Bestimmungen zum Schutz der KonsumentInnen<sup>47</sup> und der ArbeitnehmerInnen zB in der Gewerbeordnung<sup>48</sup> oder im Bauarbeitenkoordinationsgesetz.<sup>49</sup>

Es könnte bereits ausreichen, wenn nur ein einziges Mitgliedsland (von 25) über ein niedriges Regelungsniveau verfügt: Wenn nun Dienstleister dieses Mitgliedslandes in Österreich tätig sind und diese aufgrund der günstigeren Regelungen im Herkunftsland Wettbewerbsvorteile lukrieren, würden dadurch österreichische Dienstleister benachteiligt werden (Inländerdiskriminierung). Ein individuell Betroffener könnte dann versuchen, beim Verfassungsgerichtshof eine Gleichstellung zu erreichen. Nach der derzeitigen Judikatur hätte er gute Erfolgschancen. Es ist fraglich, wie der österreichische Verfassungsgerichtshof auf eine mögliche Flut von Beschwerden reagieren wird.

Allein von diesem Blickwinkel aus betrachtet, ist ein „Wettbewerb der Rechtssysteme“, wie von vielen Kritikern immer wieder betont wird, realistisch. Sollten die Wettbewerbsnachteile aufgrund „restriktiver“ Rahmenbedingungen in Österreich aus Sicht der heimischen Dienstleister zu groß werden, könnten sie sich auch gezwungen sehen, ihren Unternehmenssitz dorthin zu verlagern, wo ihnen günstigere rechtliche Bedingungen geboten werden. Dass Regierungen auf ein derartiges „Drohpotenzial“ von Seiten der Wirtschaft reagieren, lässt sich am Beispiel des „Steuerwettbewerbs“ nachvollziehen.

Durch die Einführung des Herkunftslandprinzips würde ein Tor für einen Standortwettbewerb um die niedrigsten Normen, Standards und Vorschriften geöffnet werden, dessen Folgen für KonsumentInnen und ArbeitnehmerInnen – aber auch Unternehmen – derzeit nicht abschätzbar sind. Angesichts dieser Unsicherheiten ist das Herkunftslandprinzip abzulehnen.

---

44 Im konkreten Fall auf eine Nachsicht vom Befähigungsnachweis.

45 Vgl VfSlg 15683/1999; die beanstandeten Regelungen in der GewO 1994 (§ 373 c) und in der EWR-NachsichtsV wurden aufgehoben.

46 ExpertInnen vergleichen diese Situation mit dem Turmbau zu Babel: Dort gab es zwar unterschiedliche Sprachen aber es galt nur ein Recht.

47 So sieht die österreichische Inkassobüro-Verordnung Höchstsätze vor. Dienstleister aus dem EU-Ausland werden sich an diese Regeln halten müssen, außer in ihrem Herkunftsland besteht eine ähnliche Regelung.

48 Vgl §§ 69 ff GewO.

49 Vgl BauKG BGBl I Nr 37/1999.

## 2.1.4. Die „Bolkesteinrichtlinie“ als Gefahr für Leistungen der Daseinsvorsorge

Alice Wagner

Sobald der erste Vorschlag der Europäischen Kommission zur Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>50</sup> (so genannte „Bolkesteinrichtlinie“) vorlag, war klar, dass die angestrebte „Vollendung eines wirklichen Binnenmarkts für Dienstleistungen“ in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Gewährleistung der Leistungen der Daseinsvorsorge steht. Die zunächst im Kommissionsentwurf vorgesehene Lösung wurde auf Grund erheblicher Kritik mittlerweile im vom Rat überarbeiteten Richtlinien-vorschlag von Jänner dieses Jahres<sup>51</sup> zwar abgeschwächt, Unklarheiten bestehen jedoch nach wie vor. Ziel dieses Beitrags ist es darzulegen, welche Leistungen der Daseinsvorsorge bzw öffentlichen Dienstleistungen unter die Richtlinie fallen könnten, und welche Auswirkungen dies auf die Erbringung dieser Leistungen hätte.

### Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse

Sowohl der Richtlinien-vorschlag der Kommission als auch Arbeitsdokument und Richtlinien-vorschlag des Rats gehen nicht vom Begriff der „Daseinsvorsorge“ oder der „öffentlichen Dienstleistung“ aus, sondern stützen sich auf die europarechtlichen Begriffe der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ sowie „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“. Lediglich der erste Begriff entstammt direkt dem EG-Vertrag, dessen Art 86 Abs 2<sup>52</sup> für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Geltung der Vorschriften des EG-Vertrags – insbesondere jene des Wettbewerbsrechts – einschränkt. Des Weiteren verweisen Art 16 EG-Vertrag<sup>53</sup> und Art 36 Grundrechtecharta<sup>54</sup> auf die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

Das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (idF: Grünbuch)<sup>55</sup> schafft – ausgehend vom Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse des EG-Vertrags – jenen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und attestiert diesen Dienstleistungen, ein „unverzichtbare[r] Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodell[s]“<sup>56</sup> zu sein und „Werte“ darzustellen, „die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam“<sup>57</sup> sind.

Die erste Gruppe, nämlich jene der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, umfasst wirtschaftliche Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen

---

50 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt, vorgelegt von der Europäischen Kommission am 25. Februar 2004, idF: Kommissionsvorschlag vom 25. Februar 2004.

51 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt, vorgelegt vom Generalsekretariat des Rats, Gruppe „Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum“, 10. Jänner 2005, idF: Überarbeiteter Vorschlag des Rats vom 10. Jänner 2005.

52 Art 86 Abs 2 EG: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind [...], gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft.“

53 Art 16 EG: „Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

54 Art 36 Charta der Grundrechte: „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

55 Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vorgelegt von der Kommission, 21. Mai 2003 (idF: Grünbuch DAI).

56 Grünbuch DAI, Seite 3.

57 Ebenda.

Gemeinwohlverpflichtungen im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden<sup>58</sup>. Hierunter fallen nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige (Verkehrswesen, Postdienst, Energiesektor, Telekommunikation). Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH sind etwa die öffentliche Postverteilung<sup>59</sup>, die allgemeine Arbeitsvermittlung<sup>60</sup>, die öffentliche Versorgung mit Strom und Gas<sup>61</sup> oder die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten<sup>62</sup>. Die zweite Gruppe ist weiter gefasst und bezieht sich „sowohl auf die marktbezogenen als auch auf die nicht-marktbezogenen Dienstleistungen [...], die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“<sup>63</sup>. In die Gruppe der nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ordnet das Grünbuch – recht pauschal – die „Bereiche Gesundheit, Bildung und Sozialleistungen“<sup>64</sup> als nicht-marktbezogen ein.

Diese geschaffene Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen versus nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, von marktbezogenen versus nicht-marktbezogenen Dienstleistungen hat schon auf der Ebene des Grünbuchs zu Zuordnungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten geführt, die bis heute nicht endgültig geklärt sind. Dies ist umso kritischer zu sehen, als nun auch die geplante Dienstleistungsrichtlinie an diese Zweiteilung anknüpft.

### **Daseinsvorsorge im Kommissionsvorschlag<sup>65</sup>**

Vom Kommissionsvorschlag grundsätzlich erfasst sind selbstständige wirtschaftliche Tätigkeiten, bei denen einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht. Darunter fallen also auch Leistungen der Daseinsvorsorge, so sie eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, also die oben definierten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Hier wiederum werden einige Ausnahmen getroffen: So sind Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich ausgenommen, allerdings nur insofern, als sie bereits durch andere Gemeinschaftsakte geregelt sind. Hierunter fielen etwa nicht Krankentransporte (strittig), Transporte von Verstorbenen oder Geldtransporte, welche sich also wiederum im Anwendungsbereich der Richtlinie befänden. Postdienstleistungen, Dienste der Elektrizitätsversorgung, Gasversorgung und Wasserversorgung sind lediglich vom so genannten Herkunftslandprinzip ausgenommen, die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit gelten für diese Dienstleistungen dennoch. Daraus ergibt sich, dass Wasserwerke, ebenso wie andere Versorgungsunternehmen, von den zahlreichen Verboten staatlicher Vorschriften bei der Niederlassungsfreiheit betroffen wären.

Als zentrale Forderung ist daher anzuführen, dass sämtliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Anwendungsbereich (und nicht bloß vom Herkunftslandprinzip und daher nur teilweise) der Richtlinie ausgenommen werden müssten. Eine solche Ausnahme müsste über die wohl schon jetzt ausgenommenen „Kernbereiche“, sämtliche Verkehrsdienstleistungen (samt Kranken- und Verstorbenen-transporten), Postdienstleistungen, sämtliche Gesundheitsdienstleistungen, Dienste der Elektrizitätsversorgung, Gas- und Wasserver- und -entsorgung, Abfallentsorgung, sämtliche Bildungsdienstleistungen, soziale Dienstleistungen, audiovisuelle Dienstleistungen, kommunale Dienstleistungen sowie Aufgaben, die mit Hoheitsgewalt verbunden sind, umfassen. Wie eng die Kommission jenen „Kernbereich“ der nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sieht, ist auch

---

58 Ebenda, Seite 8.

59 EuGH, Rs C-320/91, Corbeau.

60 EuGH, Rs C-55/96, Job Centre.

61 EuGH, Rs C-159/04 (Frankreich), Rs C-157/94 (Niederlande), Rs C-158/94 (Italien).

62 EuGH, Rs C-155/73, Scacchi.

63 Grünbuch DAI, Seite 7.

64 Ebenda, Seite 6.

65 Vgl Fußnote 50.

einer von ihr auf der Homepage der Kommission herausgegebenen Übersicht zu entnehmen<sup>66</sup>, wo als Beispiele lediglich die öffentliche Verwaltung und das öffentliche Bildungswesen angeführt werden.

Mit diesem Ansatz torpediert die Kommission den von ihr selbst im Grün- und Weißbuch gewählten Weg, wonach die Zuständigkeit zur Definition, Inhalt, Qualität, Organisation, Finanzierung und Kontrolle der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bei den Mitgliedstaaten liegt. Auch wird der zukünftigen EU-Verfassung vorgegriffen, die in ihrem Art III-122 die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge dem gemeinschaftlichen Bereich zwischen EU und Mitgliedstaaten zuordnet<sup>67</sup>, wobei es auch nach der neuen Verfassung in der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bleibt, diese Leistungen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren<sup>68</sup>. Durch den Kommissionsvorschlag, der in großem Rahmen die Dienstleistungen der Daseinsvorsorge berührt, greift die Kommission der – in der EU-Verfassung festgestellten – Zuständigkeitsverteilung voraus. Auch das in der EU-Verfassung für die Zeit nach der Ratifizierung der Verfassung angekündigte Europäische Gesetz über Bedingungen und Grundsätze von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>69</sup>, wodurch (bestimmte) Dienstleistungen von allgemeinem Interesse etwa vom EU-Wettbewerbsrecht ausgenommen werden könnten, würde präjudiziert.

Darüber hinaus ist zu befürchten, dass auf Grund des Kommissionsvorschlags schleichend weitere Kompetenzen zu Gunsten der EU geschaffen werden, so etwa beim Hörfunk, bei der Krankenversicherung oder bei sozialen Diensten<sup>70</sup>. Diese Bereiche würden durch den Kommissionsvorschlag auch dem europarechtlichen Regime und somit den Auslegungs- und Kontrollkompetenzen von Kommission und Europäischen Gerichten unterworfen.

### **Sonderproblem Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen**

Anhand der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen lassen sich die Unklarheiten und Kritikpunkte des im Kommissionsvorschlags gewählten Ansatzes am Besten zeigen. Führt das Grünbuch Gesundheitsdienstleistungen noch pauschal als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten an<sup>71</sup>, unterliegen nach dem Kommissionsvorschlag große Bereiche der Gesundheits- und sozialen Dienste als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse der Richtlinie. So führt der Kommissionsvorschlag exemplarisch an, dass Gesundheitsdienstleistungen und damit zusammenhängende Dienste und häusliche Dienste – wie die Pflege älterer Menschen<sup>72</sup> – erfasst sein sollen. Hinzu kommt, dass der Erwägungsgrund darauf hinweist, dass es sich um eine dynamische Definition handelt, und sich der Begriff der Dienstleistung in einer ständigen Weiterentwicklung befindet. Das heißt wohl, dass für eine gegenwärtige Festlegung des Anwendungsbereichs auf den Stand der Judikatur des EuGHs zu verweisen ist (siehe dazu gleich).

Diese schon grundsätzlich zu kritisierende Ausgangslage wird durch die Möglichkeit der dynamischen Interpretation durch den EuGH ergänzt: In Zukunft werden immer all jene Gesundheitsdienstleistungen

---

66 Die Übersicht der Kommission über den Anwendungsbereich der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt: siehe [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/services/docs/strategy/2004-propdir/scope\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/services/docs/strategy/2004-propdir/scope_de.pdf).

67 Art III-122 EU-Verfassung: „[...] und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts, tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. [...]“.

68 Art III-122 aE EU-Verfassung: „[...] Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch ein Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“

69 Ebenda.

70 Fritz, Auf dem Weg zur Sonderwirtschaftszone, Die Dienstleistungsrichtlinie der EU, Blue 21 Arbeitspapier (Berliner Landesarbeitsgemeinschaft Umwelt und Entwicklung eV), Juli 2004, Seite 8.

71 Grünbuch DAJ, Seite 6.

72 Erwägungsgrund 14 im Kommissionsvorschlag vom 25. Februar 2004.



dem Regime der Dienstleistungsrichtlinie (samt Herkunftslandprinzip!) unterliegen, die der EuGH für marktbezogene oder wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erklärt. Dass diese Definition sehr weit ist und vor kaum einer Dienstleistung halt machen wird, beruht auf der gewählten Anknüpfung an die „Entgeltlichkeit“ der Dienstleistung, wobei nur wesentlich ist, dass die Dienstleistungen „in der Regel gegen Entgelt erbracht [werden], ohne dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt werden muss, dem sie zu Gute kommt“<sup>73</sup>. Die Kommission baut auf diesem Weg schleichend ihre Einflussmöglichkeiten auf die nationalen Gesundheitssysteme aus und greift auch hier Art 152 Abs 5 EG-Vertrag<sup>74</sup> sowie die zukünftige Europäische Verfassung<sup>75</sup> an, in denen vorgesehen ist, dass die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Für diese erhöhte Einflussnahme auf die nationalen Gesundheitssysteme können einige markante Beispiele gegeben werden: So ergibt sich im Hinblick auf Krankenanstalten eine absolute Unvereinbarkeit der im österreichischen § 3 Abs 2 lit a KAG<sup>76</sup> vorgesehenen Bedarfsprüfung mit der Dienstleistungsrichtlinie, die vorsieht, dass eine „wirtschaftliche Überprüfung im Einzelfall, bei der die Genehmigung vom Nachweis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder der Nachfrage am Markt abhängig gemacht wird“, eine unzulässige Anforderung an Dienstleistungserbringer wäre, die planen, sich in Österreich niederzulassen. An dieser Bestimmung des absoluten Verbots eventueller Bedarfsprüfungen zeigt sich im Übrigen die Diskrepanz zwischen der scheinbaren Freiheit der Mitgliedstaaten, bestimmte Märkte zu liberalisieren oder nicht, und in der Unmöglichkeit, die erforderlichen Rahmenbedingungen zur „Marktbeschränkung“ – wie etwa Bedarfsprüfungen – zu ergreifen.

Auch mit Kuranstalten hat sich der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung beschäftigt<sup>77</sup> und dabei entschieden, dass staatliche Restriktionen bei der Kostenerstattung für Heilkuren im EU-Ausland einschließlich entsprechender Genehmigungen gerechtfertigt sind, um „einen bestimmten Umfang der Versorgung und eine bestimmte medizinische Kompetenz im Versicherungsland aufrechtzuerhalten“. Ein entsprechendes Verfahren wäre indessen durch das Verbot des Art 20 lit a des Kommissionsvorschlages bezüglich der „Pflicht, bei den zuständigen Stellen eine Genehmigung einzuholen oder diesen gegenüber eine Erklärung abzugeben“, vereitelt.

Eine weitere zentrale Frage der letzten Jahre vor dem EuGH war die Zulässigkeit der Erstattung von Behandlungskosten in stationärerer (va im Krankenhaus) und ambulanter Behandlung. Bei der stationären Behandlung wurde – mit dem Argument die hohen Kosten für die Krankenkassen kontrollierbar zu machen – vom EuGH eine Vorabgenehmigung durch die Krankenkasse anerkannt, nicht jedoch bei ambulanter Behandlung. Der Sensibilität dieser Thematik bei der Erstattung von ambulanten Behandlungskosten war sich die Kommission offensichtlich vom Ansatz her bewusst, gibt sie doch zunächst in dem sich ausschließlich mit der Erstattung von ambulanten Behandlungskosten beschäftigenden Arti-

---

73 Kommissionsvorschlag vom 25. Februar 2004, Seite 23.

74 Art 152 Abs 5 EG: „Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt. [...]“.

75 Art III-278 EU-Verfassung: „Bei der Tätigkeit der Union wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel.“

76 § 3 Kranken- und Kuranstaltengesetz: „(1) Krankenanstalten bedürfen sowohl zu ihrer Errichtung wie auch zu ihrem Betriebe einer Bewilligung der Landesregierung. Anträge auf Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt haben den Anstaltszweck (§ 2 Abs 1) und das in Aussicht genommene Leistungsangebot genau zu bezeichnen. (2) Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt im Sinne des Abs 1 darf nur erteilt werden, wenn insbesondere: a) nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater, gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen sowie bei Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbstständigen Ambulatoriums auch im Hinblick auf das Versorgungsangebot durch niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen, bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag, ein Bedarf gegeben ist; [...]“.

77 EuGH, Rs C-8/2002, Leichte.

kel 23 des Richtlinienvorschlags die Judikatur des EuGHs korrekt wieder. Jedoch lässt die Kommission jenen Rettungsanker völlig unter den Tisch fallen, den der Gerichtshof bei seinem Grundsatzurteil in der Rechtssache Kohll den zuständigen Sozialversicherungsträgern mitgegeben hat. Danach kann eine „erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der eine solche Beschränkung rechtfertigt“, die eine Genehmigungspflicht des zuständigen Sozialversicherungsträgers für die Erstattung von in anderen Mitgliedstaaten der EU anfallenden Behandlungskosten grundsätzlich darstellt<sup>78</sup>. Weiters hat der Gerichtshof festgestellt, dass Artikel 56 EGV den Mitgliedstaaten erlaubt, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder selbst das Überleben ihrer Bevölkerung erforderlich ist<sup>79</sup>. Nur am Rande soll darauf hingewiesen werden, dass die Rahmenrichtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt wohl kaum der richtige Ort für die Regelung von Erstattungskosten für Krankenbetreuung ist<sup>80</sup>.

Im Hinblick auf Krankentransporte hielt der Gerichtshof im Kontext des Wettbewerbsrechts fest, dass auch ein Marktausschluss privater Anbieter gegenüber bestimmten eingesessenen Sanitätsorganisationen zulässig sei. „Die Möglichkeit privater Unternehmer, sich auf lukrativere Fahrten zu konzentrieren, könnte die wirtschaftliche Durchführbarkeit des von den Sanitätsorganisationen erbrachten Dienstes gefährden und damit dessen Qualität und Zuverlässigkeit in Frage stellen“<sup>81</sup>. Darüber hinaus verdeutlicht letzteres Urteil einen zentralen legislativen Aspekt: Einschränkungen zu Gunsten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wurden vom EuGH stets auf Grundlage des Artikel 86 Absatz 2 EGV geprüft, nicht jedoch nach Maßgabe der Grundfreiheiten und ihres immanenten Beschränkungsverbot wie dies der Kommissionsvorschlag vorsieht<sup>82</sup>. Artikel 86 Absatz 2 EGV ist daher gegenüber dem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten die speziellere Vorschrift<sup>83</sup>. Daher ist gerade in rechtstechnischer Hinsicht zu argumentieren, dass das Gemeinschaftsrecht die Besonderheiten von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gar nicht im Rahmen der Bestimmungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit würdigt. Die relevante Messlatte für erforderliche Sonderstellungen am Binnenmarkt ist somit nach Maßgabe des strukturell im Wettbewerbsrecht verankerten so genannten „service-public-Vorbehaltes“ des Art 86 Abs 2 EGV zu prüfen. Will die Kommission daher Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unbeschadet dessen vom Anwendungsbereich der Rahmenrichtlinie erfassen, so müsste die Sonderbestimmung des Artikel 86 Absatz 2 EGV darin in geeigneter Weise integriert werden.

## **Verbesserungen in der konsolidierten Fassung des Rats<sup>84</sup>**

Auf Grund allseitiger Kritik hat die Kommission Erläuterungen zu den unter den Vorschlag fallenden Tätigkeiten<sup>85</sup> herausgegeben, in denen versucht wird, die schlimmsten Befürchtungen abzuschwächen.

---

78 EuGH, Rs C-158/96, Kohll, Rn 41.

79 Ebenda, Rn 51.

80 Regelungsort wären die Koordinierungsregelungen der Systeme der sozialen Sicherheit (vgl. Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004, Nachfolgeregelung der VO 1408/71). Sofern bestimmte Aspekte der sozialversicherungsrechtlichen Koordinierung (wie allenfalls die verpflichtenden Genehmigungen zur Inanspruchnahme von Sachleistungen in einem anderen Mitgliedstaat gemäß Artikel 20 der VO 883/2004) nicht mehr dem Stand der Rechtsprechung entsprechen, müsste schon allein aus Gründen der Übersichtlichkeit eine geeignete Klarstellung in einer neuerlichen Novelle erfolgen.

81 EuGH, Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner, Rn 61.

82 Vgl. den Verweis auf Art 50 EG-Vertrag in der Definition der Dienstleistung in Art 50 Abs 1.

83 Vgl. nebst vielen andern Holubek in Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 49 EGV, Rn 87, ib. unter Verweis auf EuGH, Rs C-55/96, Job Centre, Rn 39.

84 Vgl. Fn 4.

85 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Erläuterungen zu den unter den Vorschlag fallenden Tätigkeiten, Interinstitutionelles Dossier: 2004/001 (COD).

Weiters enthält die vom Rat überarbeitete Fassung geringfügige Verbesserungen. So wurde in den Rechtstext die Wendung aufgenommen, dass die Richtlinie weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts vorbehalten sind, noch die Privatisierung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen, betrifft<sup>86</sup>. Was auf den ersten Blick nach einem großen Schritt in die richtige Richtung aussieht, dürfte im Ergebnis kaum Veränderungen zum Kommissionsvorschlag mit sich bringen; sind doch im normativen Teil der Richtlinie, etwa bei den Bestimmungen, die den Anwendungsbereich<sup>87</sup> oder die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip<sup>88</sup> festlegen, keine entsprechenden Anpassungen getroffen worden. Eine pauschale Feststellung dürfte eher der Versuch sein zu beschwichtigen, rechtlich zwingende Auswirkungen ergeben sich wohl kaum.

Weiters wurde in den Erwägungsgründen ausdrücklich festgehalten, dass ausschließlich Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von der Richtlinie erfasst werden<sup>89</sup>, eine Abgrenzung zwischen diesen und den nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen wird aber wieder nicht festgelegt und bleibt der dynamischen Interpretation des EuGH unterworfen. Weiters wurden geringfügige Modifizierungen beim Anwendungsbereich vorgenommen, die zu begrüßen sind: So wird in den Erwägungsgründen festgelegt, dass im Rahmen der Ausnahme von Verkehrsdienstleistungen auch die Krankentransporte, der öffentliche Nahverkehr, Taxis und Hafendienste<sup>90</sup> sowie jene Tätigkeiten, die mit öffentlicher Gewalt verbunden sind<sup>91</sup>, von der Richtlinie nicht erfasst werden.

### **Jüngste Entwicklungen: Kommission „in a time of listening“**

Außer den erwähnten kleineren Änderungen bleiben in Bezug auf die Leistungen der Daseinsvorsorge jene Kritikpunkte aufrecht, welche schon beim Kommissionsvorschlag bestanden: Große Bereiche der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind von der gesamten Richtlinie bzw den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit erfasst. Dies wird schon kurzfristige Auswirkungen auf die Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge haben, etwa da die Erteilung einer Genehmigung, die von wirtschaftlichem Bedarf abhängt, nicht mehr zulässig sein wird, oder da Dienstleistungserbringer nicht mehr verpflichtet werden können, gemeinsam mit einer Dienstleistung andere Dienstleistungen anzubieten oder diese zu einem bestimmten Höchstpreis zu erbringen.

Nach öffentlichen, koordinierten Protesten Deutschlands und Frankreichs ist ein wenig Bewegung in die starre Haltung der – nunmehr neuen – Kommission bezüglich der Dienstleistungsrichtlinie gekommen. So hat der nun für den Binnenmarkt zuständige Kommissar McCreevy angekündigt, die Kommission werde die Richtlinie zwar nicht zurückziehen, jedoch vor allem in Bezug auf die zwei umstrittenen Punkte, „sensible Sektoren“ und Herkunftslandprinzip, überarbeiten. Ähnlich äußerte sich Kommissionspräsident Barroso, der feststellte, die Kommission sei „in a time of listening“ und sucht nach einer „pragmatic solution“. Bezüglich der Leistungen der Daseinsvorsorge erscheint der Ausgang noch vollkommen offen, und es bleibt abzuwarten, welche Veränderungen die Kommission in dem – nach der 1. Lesung im Parlament im Juni – erwarteten Entwurf tatsächlich vornehmen wird.

---

86 Art 1 Abs 2 im Überarbeitetem Vorschlag des Rats vom 10. Jänner 2005.

87 Vgl ebd Art 2.

88 Vgl ebd Art 17f.

89 Vgl ebenda die neuen Erwägungsgründe 7a und 7b.

90 Vgl ebenda den neu gefassten Erwägungsgrund 12.

91 Vgl ebenda den neuen Art 2 Abs 2 lit d.

## 2.1.5. Die Dienstleistungsrichtlinie aus der Perspektive des Arbeitsrechts

Walter Gagawczuk

### Das Herkunftslandprinzip

Das Herzstück des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>92</sup> (im Folgenden kurz Dienstleistungsrichtlinie genannt) ist zweifellos das Herkunftslandprinzip. Unternehmen sollen bei grenzüberschreitender Tätigkeit nicht mehr dem Recht des Mitgliedstaats unterliegen, wo die Dienstleistung erfolgt, sondern den Bestimmungen ihres Herkunftslandes. Das Recht wird also – bildlich ausgedrückt – „im Rucksack“ mitgenommen. Es gibt dazu Ausnahmen. So etwa auch im Bereich des Arbeitsrechts. Wie weit diese Ausnahmen reichen und wo trotzdem das Herkunftsland gilt, ist Thema dieses Beitrags.

### Die Dienstleistungsfreiheit

Das Herkunftslandprinzip soll im Rahmen der „Dienstleistungsfreiheit“ gelten.

Unter „Dienstleistung“ ist in diesem Zusammenhang eine Leistung zu verstehen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird. Darunter fallen insbesondere gewerbliche, kaufmännische und freiberufliche Tätigkeiten. Es ist somit nicht bloß der so genannte Dienstleistungssektor erfasst.

Die „Dienstleistungsfreiheit“ betrifft – im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit – bloß vorübergehende Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. „Bloß vorübergehend“ wird jedoch vom EuGH sehr weit ausgelegt. So etwa ging es im Fall Bruno Schnitzer<sup>93</sup> um ein portugiesisches Unternehmen, welches in der Zeit von November 1994 bis November 1997 Verputzarbeiten in erheblichen Umfang in Südbayern ausführte. Der EuGH vermerkte, dass die Frage, ob die Tätigkeit des Leistenden im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehenden Charakter hat, nicht nur von der Dauer der Leistung, sondern auch von ihrer Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr oder Kontinuität abhängt. Der vorübergehende Charakter der Leistung schließt für den Dienstleistenden nicht die Möglichkeit aus, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist. Laut EuGH ist diese Situation von der eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats zu unterscheiden, der als Angehöriger eines Mitgliedstaats in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, in dem er sich von einem Berufsdomizil aus an die Angehörigen dieses Staats wendet. Ein solcher Staatsangehöriger würde unter die Niederlassungsfreiheit fallen. Der Begriff Dienstleistung kann daher auch Dienstleistungen erfassen, deren Erbringung sich über einen längeren Zeitraum, bis hin zu mehreren Jahren erstreckt, zum Beispiel, wenn es sich um Dienstleistungen handelt, die im Rahmen eines Großbauprojekts erbracht werden.

Für die Praxis bedeutet diese Rechtsprechung im Endeffekt, dass Unternehmer einen weiten Spielraum haben und sich bei Anwendung des Herkunftslandprinzips das für sie anzuwendende Recht weitgehend selbst auswählen könnten. Die Folge ist absehbar: ein Wettbewerb der Rechtssysteme und eine Nivellierung auf niedrigstem Niveau. Entstehende Regelungsdefizite sollen offenbar zum Teil durch Standesregeln und freiwillige Verhaltenskodizes kompensiert werden.<sup>94</sup>

---

92 Grundlage der folgenden Ausführungen ist die konsolidierte Fassung vom 10. Jänner 2005 (2004/2001 (COD)).

93 EuGH 11. Dezember 2003, Rs C-215/01.

94 Art 39 der Dienstleistungsrichtlinie.

## **Die Entsenderichtlinie**

Zweck der Entsenderichtlinie aus dem Jahre 1996 ist es, die Möglichkeit für Unternehmen Dienstleistungen in einem anderen Land zu erbringen mit der Durchsetzung sozialer Mindeststandards für die Arbeitnehmer in Einklang zu bringen. Für Arbeitnehmer, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit entsandt werden, sollen sich für die Zeit des Auslandseinsatzes bestimmte Arbeitsbedingungen nach dem Recht des Arbeitsortes richten. Zu diesen Arbeitsbedingungen zählen insbesondere Mindestlöhne, Mindestjahresurlaub, Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten und Arbeitnehmerschutzvorschriften.

Ein Beispiel dazu: Ein portugiesisches Bauunternehmen bekommt den Auftrag von einem österreichischen Generalunternehmer, im Rahmen eines Großprojekts Verputzarbeiten durchzuführen. Die im Rahmen dieses Auftrags entsandten Arbeiter des portugiesischen Unternehmens haben für die Zeit des Einsatzes in Österreich zumindest Anspruch auf den Mindestlohn nach dem einschlägigen österreichischen Kollektivvertrag für Bauarbeiter.

Werden von dem portugiesischen Bauunternehmen in Österreich vor Ort Arbeitnehmer für den konkreten Einsatz aufgenommen, dann gilt für diese – aufgrund des internationalen Privatrechts – österreichisches Arbeitsrecht zur Gänze. Es handelt sich ja nicht um entsandte Arbeitnehmer.

## **Was würde sich durch die Dienstleistungsrichtlinie ändern?**

Für tatsächlich im Rahmen des Auftrags und einen begrenzten Zeitraum entsandte Arbeitnehmer würde sich nichts ändern. Für diese gilt schon jetzt das Arbeitsrecht ihres Herkunftslandes mit Ausnahme der in der Entsenderichtlinie angeführten Arbeitsbedingungen.

Wesentliche Änderungen würden sich jedoch für jene Arbeitnehmer ergeben, die vor Ort aufgenommen werden. Für diese würde nicht mehr das Recht ihres gewöhnlichen Arbeitsortes zur Anwendung kommen, sondern – wie bei den entsandten Arbeitnehmern – das Recht des Herkunftslandes des Arbeitgebers mit Ausnahme der in der Entsenderichtlinie angeführten Arbeitsbedingungen. Wesentliche Fragen bzw Ansprüche im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis richten sich dann also nach ausländischem Recht.

Dazu zählen: Fragen in Zusammenhang mit dem Arbeitsvertragsrecht (zB unzulässige Vertragsklauseln, Schadenersatz und Haftungsbegrenzung, Versetzung), Regelungen im Arbeitszeitrecht, die nicht Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten betreffen (zB Anordnung von Überstunden, Bestimmungen über die Lage der Arbeitszeit und deren Veränderung), Ansprüche bei Dienstverhinderung (Entgeltfortzahlung bei Krankheit und sonstigen Verhinderungen aus wichtigen Gründen), Kündigungsschutz und Entlassungsrecht. Weiters wäre für diese Arbeitnehmer auch nicht mehr das österreichische Arbeitsverfassungsrecht anwendbar. Auch die Möglichkeit der Wahl eines Betriebsrats und dessen Rechte würden sich dann nach dem Recht der Niederlassung des Arbeitgebers richten.

In Anbetracht der oben ausgeführten weiten Auslegung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit ergäbe sich für Arbeitgeber eine reizvolle Möglichkeit des Unterlaufens von Arbeitsbedingungen. Es würde genügen, in einem Mitgliedstaat mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf einem möglichst niedrigen Niveau eine Tochtergesellschaft zu gründen und eigene Aufträge über diese Gesellschaft abzuwickeln. Im Bereich des Güterverkehrs auf der Straße und zu Wasser sind derartige Konstruktionen seit Jahren üblich und führen zu schlechten Arbeitsbedingungen, Lohndumping und vermehrten Unfällen.

Arbeitgeber könnten aber auf einem noch einfacheren Weg innerstaatliche Arbeitsrechtsbestimmungen unterlaufen. Da das Herkunftslandprinzip bei der Niederlassung des Arbeitgebers anknüpft, würden sich auch für Leiharbeiter ausländischer Arbeitskräfteüberlasser wesentliche Änderungen ergeben. Stellt der inländische Unternehmer seine Arbeitnehmer nicht selbst an, sondern über eine ausländische Leiharbeitsfirma, so würden sich wesentliche Teile des Arbeitsrechts nach dem Recht im Her-

kunftsland des formalen Arbeitgebers richten. Irrelevant wäre dabei, welche Nationalität der Arbeitnehmer hätte und wo sein gewöhnlicher Arbeitsort ist. Eine bloße Auswechslung der vertraglichen Anknüpfung könnte somit weit reichende arbeitsrechtliche Änderungen nach sich ziehen. Auch wenn nur einige Arbeitgeber damit beginnen, wäre aufgrund des Wettbewerbsdrucks zu erwarten, dass sich rasch ein Schneeballeffekt ergäbe und das nationale Arbeitsrecht rasch an Bedeutung verlieren würde. Auch hier wäre dann eine Nivellierung auf niedrigstem europäischem Niveau zu befürchten. Im Endeffekt würde sich somit das Gegenteil ergeben, das aufgrund des EG-Vertrags erreicht werden soll.<sup>95</sup>

## 2.1.6. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen und Dienstleistungsfreiheit

Bernhard Horak

Gegenwärtig herrscht eine eher heftig und zum Teil auch emotional geführte Debatte um den Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Dienstleistungen im Binnenmarkt“<sup>96</sup>, auch „Bolkestein“-Richtlinie genannt. Immer wieder werden in diesem Zusammenhang auch die möglichen Auswirkungen dieser Richtlinie auf die Qualität der nationalen Berufsausbildung angesprochen. Das ist dann der Punkt, wo noch ein weiterer Richtlinienentwurf ins Spiel kommen sollte, nämlich der „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Anerkennung von Berufsqualifikationen“<sup>97</sup>. Der aktuelle Richtlinienentwurf (siehe auch Abbildung 1, Seite 33) hat zum Ziel, das bestehende System der beruflichen Anerkennung zu konsolidieren und zu vereinfachen. Dabei sollen vor allem die bestehenden 15 Einzelrichtlinien in einer einzigen Richtlinie zusammengefasst werden, um ein einfacheres und klareres Reglement für die betroffenen Berufsgruppen zu erlangen.

### **Die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Vorschlags über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>98</sup>**

#### **1. Der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit**

Artikel 5 Abs 1 lit a): „Unbeschadet spezifischer Vorschriften ... können die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit nicht aufgrund der Berufsqualifikation einschränken, wenn der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufs rechtmäßig in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist ...“. Besser kann man in aller Kürze das „Herkunftslandprinzip“ wohl kaum beschreiben.

---

<sup>95</sup> Art 136 ff EG-Vertrag.

<sup>96</sup> 25.02.2004, KOM(2004)2 endgültig/2.

<sup>97</sup> 07.03.2002, KOM(2002)110 endgültig.

<sup>98</sup> Alle weiteren Erörterungen der und Anmerkungen zur Anerkennungsrichtlinie beziehen sich auf den Text des Ratsdokuments: 2002/0061(COD), Ratsdokument 9716/04 vom 18. Mai 2004. Grundlage der politischen Einigung über den gemeinsamen Standpunkt des Rates zum „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen“ vom 18. Mai 2004.

## **2. Kontrollkompetenz des Gastlandes**

Artikel 5 Abs 3: „Begibt sich ein Dienstleister in einen anderen Mitgliedstaat, so unterliegt er im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen oder verwaltungsrechtlichen Disziplinarbestimmungen, die dort in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben Beruf wie er ausüben; zu diesen Bestimmungen gehören etwa Regelungen für die Definition des Berufs, das Führen von Titeln und schwer wiegende berufliche Fehler in unmittelbarem und speziellem Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherheit der Verbraucher.“

In diesem Punkt unterscheidet sich die Anerkennungsrichtlinie massiv von der Dienstleistungsrichtlinie, die durch das radikale Herkunftslandprinzip die gesamte Kontrollkompetenz dem Herkunftsstaat zuschreibt.

## **3. Vorhergehende Meldung der/s Dienstleisterin/s im Gastland**

Dem Gastland steht es offen, von DienstleisterInnen zu verlangen, sich vor Grenzübertritt bei den Behörden des Gastlandes schriftlich und qualifiziert (mit bestimmten Beilagen) zu melden (Artikel 7 Abs 1). Dabei handelt es sich um eine „Kann“-Bestimmung, die jeder Staat bei der Umsetzung der Anerkennungsrichtlinie in Anspruch nehmen kann.

## **4. „Kleines“ oder „verkürztes“ Anerkennungsverfahren**

„Der Rat hat eine Bestimmung vorgesehen, wonach die Berufsqualifikation des Erbringers vorübergehender oder gelegentlicher grenzüberschreitender Dienstleistungen in genau festgelegten Fällen vor der ersten Erbringung von Leistungen nachgeprüft werden können: Dies betrifft reglementierte Berufe, die die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit berühren ...; eine solche Nachprüfung ist nur möglich, wenn ihr Zweck darin besteht, eine schwer wiegende Beeinträchtigung der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers aufgrund einer mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters zu verhindern, ...“<sup>99</sup> (siehe dazu auch Artikel 7 Abs 4).

Hierbei handelt es sich um die wohl gravierendste Einschränkung des in Artikel 5 formulierten Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit. Denn bei einem zu großen Unterschied zwischen den beruflichen Qualifikationen des Dienstleisters und der im Aufnahmestaat geforderten Ausbildung geht die Macht der Behörde des Aufnahmestaats so weit, dass sie DienstleisterInnen zB eine Eignungsprüfung auferlegen oder sonstige zusätzliche Qualifikationsnachweise verlangen kann (kleines Anerkennungsverfahren).

Auf den ersten Blick scheint ein solches Verfahren eine taugliche Sicherheitsvorkehrung zu sein. Problematisch ist aber, dass die Anerkennungsrichtlinie nicht festlegt, was in Hinkunft als reglementierter Beruf, der „die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit berührt“, gelten wird. Dies festzulegen, wird im Zuge der Umsetzungsphase der Anerkennungsrichtlinie jedem Einzelstaat überlassen. Wie weit sich diese aber zum Schutze der öffentlichen Gesundheit bzw der Sicherheit gegenüber einem drohenden EuGH-Urteil „hinauslehnen“ dürfen, ist eine andere Frage.

---

<sup>99</sup> 2002/0061 (COD), Ratsdokument 13781/2/04 REV 2 ADD 1; Seite 8, Begründung des Rates: Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 21. Dezember 2004 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

## **Beispiele zur beruflichen Anerkennung laut neuer Richtlinie**

### **Berufliche Anerkennung zwecks andauernder Ausübung eines reglementierten Berufes**

Es will jemand aus einem anderen EU-Staat in Österreich den Beruf eines diplomierten Erziehers ausüben, und zwar dauerhaft (wobei es unerheblich ist, ob als selbstständig oder unselbstständig Beschäftigter). In Österreich ist dieser Beruf reglementiert, wodurch folgendes Verfahren seinen Lauf zu nehmen hat:

Antragstellung an die zuständige Behörde (in diesem Fall das Bundesland) – Beilagen: Nachweis über die Staatsangehörigkeit, Qualifikationsnachweise, Bestätigung/Bewertung der Qualifikationen durch die zuständige Behörde des Herkunftslandes.

Weiters können verlangt werden: Strafregisterauszug, Bescheinigung über Konkursfreiheit (bei selbstständigen Berufen), ärztliches Zeugnis (zB bei Gesundheitsberufen und auch in diesem Fall), Übersetzung durch den beeideten Übersetzer.

Alles weitere geschieht so wie im derzeit geltenden System zur beruflichen Anerkennung, mit der Ausnahme, dass die dahinter stehenden bisherigen 15 Richtlinien in einer zusammengefasst sind (siehe Abbildung 1, Seite 33, linker Ast).

### **Berufliche Anerkennung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit**

Es will jemand aus einem anderen EU-Staat in Österreich den Beruf einer/s selbstständigen Buchhalterin/s ausüben, und zwar nicht als niedergelassene/r BuchhalterIn, sondern im Zuge der Dienstleistungsfreiheit und sich dazu „vorübergehend und gelegentlich“ nach Österreich begeben. In Österreich ist der selbstständige Buchhalter ein reglementierter Beruf. Die/Der DienstleisterIn ist in ihrem Herkunftsland („Niederlassungsstaat“) rechtmäßig zur Ausübung desselben Berufs niedergelassen. Für sie/ihn trifft daher der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit zu (siehe 1. Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit und Abbildung 1, Seite 33, mittlerer Ast).

Selbst wenn die Berufsqualifikationen dieser/s Dienstleisterin/s, die sie im Herkunftsland erworben hat, nicht für eine Anerkennung zum Zwecke der Niederlassung in Österreich ausreichen würden, können ihr die österreichischen Behörden die Dienstleistungsfreiheit aufgrund dieser Qualifikationsmängel nicht einschränken. Die/Der DienstleisterIn kann sich somit zur „vorübergehenden und gelegentlichen“ Ausübung des Berufs nach Österreich begeben, muss sich jedoch, wenn Österreich die Bestimmung aus Art 7 Abs 1 (siehe 3. Vorhergehende Meldung der/s DienstleisterIn im Gastland) für sich in Anspruch nehmen wird, vor dem Grenzübertritt bei der zuständigen österreichischen Behörde schriftlich melden; in diesem Fall bei einer Bundesbehörde, dem Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft.

### **Berufliche Anerkennung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit bei Berufen mit Relevanz für „Gesundheit“ und „Sicherheit“**

Es will jemand aus einem anderen EU-Staat in Österreich den Beruf eines klinischen Psychologen ausüben, und zwar nicht als niedergelassener Selbstständiger und auch nicht als dauerhaft abhängig Beschäftigter (zB im Krankenhaus), sondern im Zuge der Dienstleistungsfreiheit und sich dazu vorübergehend und gelegentlich nach Österreich begeben. In Österreich ist der klinische Psychologe ein reglementierter Beruf und zählt darüber hinaus zu jenen, „die die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit berühren“. Letzteres ist eine Annahme und setzt voraus, dass Österreich bei der Umsetzung der Richtlinie den klinischen Psychologen als einen solchen Beruf deklariert (Artikel 7 Abs 4; siehe 4. „Kleines“ oder „verkürztes“ Anerkennungsverfahren, Seite 30).



In diesem Fall steht es der Gastlandbehörde frei, die Qualifikationen des Antragstellers genauer nachzuprüfen. Sollte diese Überprüfung Qualifikationsmängel feststellen, kann sie auch zur Konsequenz haben, dass dem Dienstleister aufgetragen wird, „nachzuweisen – insbesondere durch eine Eignungsprüfung, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat“ (Artikel 7 Abs 4 Unterabsatz 3). Wie schon unter 4. „Kleines“ oder „verkürztes“ Anerkennungsverfahren, Seite 30 angemerkt, wird die Überprüfung im Falle von Berufen, die für die öffentliche Sicherheit oder Gesundheit relevant sind, auch als „kleines“ oder „verkürztes“ Anerkennungsverfahren bezeichnet (siehe Abbildung 1, Seite 33, rechter Ast).

Trotz Ausnahmen sind die dazu vorgesehenen Fristen im Vergleich zur bisherigen Anerkennungspraxis äußerst knapp, und eine Fristversäumnis der Behörde führt dazu, dass die Dienstleistung erbracht werden darf.

## Zusammenfassung

Anfang März 2005 reagierte auch der nun zuständige EU-Binnenmarktkommissar Charlie McCreevy auf die öffentliche Debatte um die Dienstleistungsrichtlinie und räumte seine Bereitschaft ein, die Richtlinie aufgrund breiter Kritik in einigen Punkten zu überarbeiten.<sup>100</sup> Sollte es zu einer Abschaffung oder zu einer weitgehenden Entschärfung des Herkunftslandsprinzips kommen, entfällt dadurch auch der Druck auf die Qualität der Berufsbildungssysteme und damit auf die Berufsbildungsstandards bei nicht reglementierten Berufen. Dies trifft jedoch nicht für die reglementierten Berufe zu, da diese der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen unterliegen. Für die Anerkennungsrichtlinie wurde im Mai 2004 eine politische Einigung im Rat erreicht und sie steht vermutlich im ersten Halbjahr 2005 zur zweiten parlamentarischen Lesung.

Die Anerkennungsrichtlinie sieht für ErbringerInnen einer Dienstleistung kein Anerkennungsverfahren mehr vor, wenn sie im Niederlassungsstaat rechtmäßig zur Ausübung dieses Berufs zugelassen sind. Es handelt sich hier um eine beachtliche Liberalisierung der bisherigen Anerkennungsgepflogenheiten, die zwei Auswirkungen haben wird:

1. Es kommt auch auf dem „Markt der reglementierten Berufe“ durch die Dienstleistungsfreiheit bzw durch ein Herkunftslandprinzip zu einer neuen Konkurrenzsituation: Hier die ansässigen MitbewerberInnen mit einer hohen beruflichen Qualifikation gegen die von Außen „gelegentlich“ und „vorübergehend“ hereinkommenden DienstleisterInnen mit dem Qualifikationsniveau ihres Niederlassungsstaats (Herkunftslandsprinzip). Auf längere Frist hat dies – so wie im Falle der Dienstleistungsrichtlinie für alle nicht reglementierten Berufe – negative Effekte auf das nationale Ausbildungsniveau und damit auf das Berufsbildungssystem für reglementierte Berufe.
2. Die Regelung der Dienstleistungsfreiheit kann dazu missbraucht werden, ein Anerkennungsverfahren zu umgehen: Wer sich aufgrund mangelnder Qualifikation um ein Anerkennungsverfahren drücken will, kommt via „Dienstleistungsfreiheit“ ohnehin in sein Wunschland. Denn das Charakteristikum der Dienstleistungsfreiheit, nämlich das der „vorübergehenden“ und „gelegentlichen“ Ausübung kennt kein Zeitkriterium und bedarf im Streitfall einer „gezielten Überprüfung des Einzelfalles“. Die Wahrscheinlichkeit einer Überprüfung ist gering.

Vermutlich durch Bedenken, dass eine exzessive Umgehungs-Praxis Gefahren für Leib und Leben mit sich bringen könnte, hat sich der Rat auf folgende Sicherheitsvorkehrung verständigt: Die Berufsqualifikation von DienstleisterInnen kann bei grenzüberschreitender Erbringung in „genau festgelegten Fällen“ nachgeprüft werden, wenn es sich um reglementierte Berufe handelt, „die die öffentliche Gesund-

---

100 FAZ vom 4. März 2003, Seite 11: „Strategiestreit in der Europäischen Kommission – Binnenmarktkommissar will Kritik an Dienstleistungsrichtlinie berücksichtigen“.

heit oder Sicherheit berühren“. Eine solche Nachprüfung und die daraus eventuell resultierenden zusätzlich zu erbringenden Qualifikationsnachweise werden als „kleines“ Anerkennungsverfahren bezeichnet.

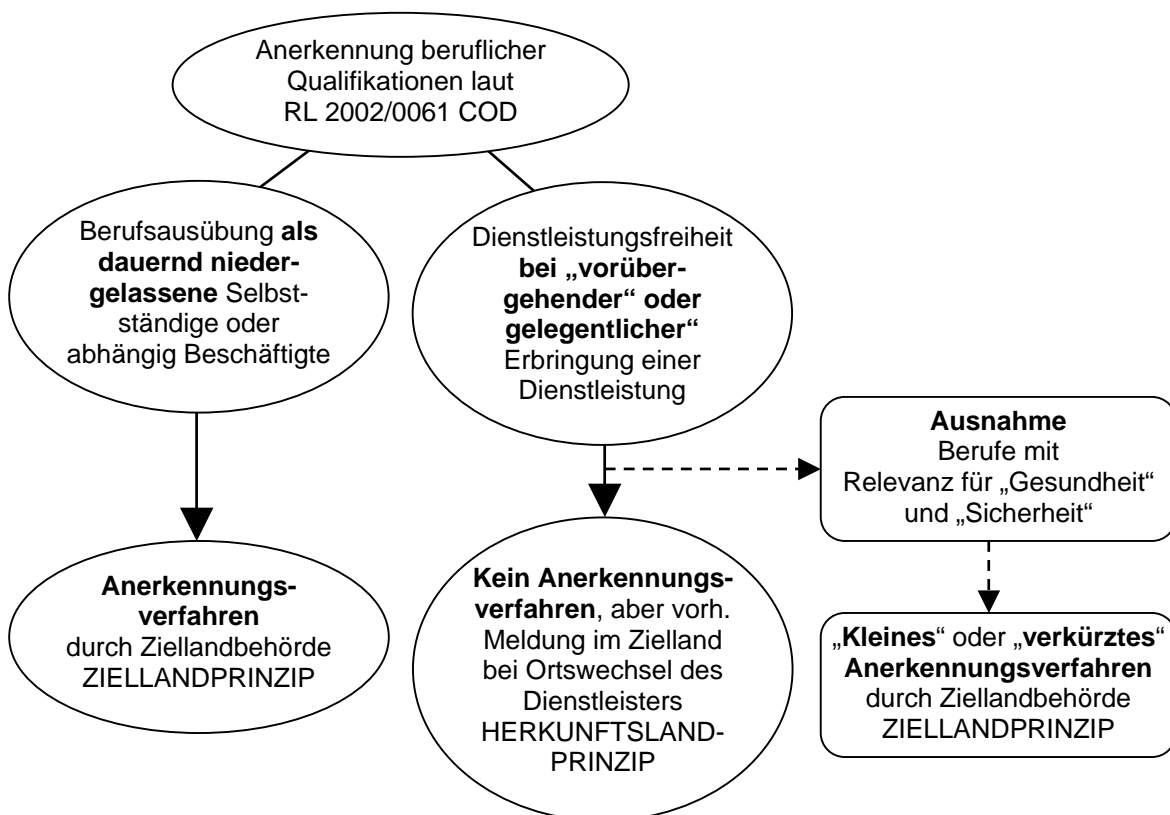
Diese Regelung erscheint einleuchtend, hat aber folgende Mängel bzw Ungenauigkeiten:

Wer sagt, welche reglementierten Berufe „Gesundheit oder Sicherheit“ berühren? Es steht fest, dass sie nicht durch die Anerkennungsrichtlinie festgelegt werden. Derzeit ist vorgesehen, dass es im Zuge der Umsetzung der Richtlinie den Mitgliedstaaten zusteht, diese Berufe zu bestimmen – ähnlich der Praxis zur Festlegung bzw Einführung von reglementierten Berufen in Österreich. Die Frage hierbei ist allerdings, wie weit die Mitgliedstaaten dabei gehen können, ohne vom EuGH wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit verurteilt zu werden.

Spätestens im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie in österreichisches Recht wird sich die Politik mit einer Reihe von Fragen auseinandersetzen müssen. Sollte es Mitgliedstaaten obliegen, welche reglementierten Berufe unter „Gesundheit und Sicherheit“ zu subsumieren sind, müssen jedenfalls auch die Sozialpartner in die Diskussion miteinbezogen werden. Nur so kann gewährleistet werden, dass es zu einem Ausgleich aller betroffenen Gesellschaftsgruppen (ArbeitnehmerInnen, KonsumentInnen und Wirtschaft) kommt.

Die AK wird sich dafür einsetzen, dass der Handlungsspielraum, über den die Mitgliedstaaten verfügen, im Sinne der Sicherung der bestehenden österreichischen Qualitätsniveaus im Dienstleistungsbereich maximal ausgenutzt und nicht geschmälert wird.

Abbildung 1: Das neue System: Der aktuelle Richtlinien-Vorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen



## 2.1.7. Die Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf VerbraucherInnen

Daniela Zimmer

### Einleitung

Die EU soll – gemäß dem programmatischen Ziel des europäischen Rats – bis 2010 der wettbewerbsfähigste, dynamischste wissensbasierte Wirtschaftsraum der Welt werden. Diese an Superlativen reiche politische Vorgabe und die Bedeutung von Dienstleistungen für das erhoffte Wirtschaftswachstum (derzeit bis zu 70% des Bruttosozialprodukts der Mitgliedstaaten) bildet den Hintergrund für die Anstrengung der EU-Kommission, grenzüberschreitende Dienstleistungen zu fördern.

Der im Februar 2004 von der EU-Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie ist die strategische Antwort auf die aus ihrer Sicht schleppende Entwicklung des Binnenmarkts für Dienstleistungen. Rechtliche Schranken würden wie ein Bremsklotz für ein wirtschaftlich integriertes Europa wirken.<sup>101</sup> Gleichsam in einem einzigen legislativen Kraftakt sollen nun alle festgestellten Binnenmarkthindernisse beseitigen werden. Eine sorgfältige Abschätzung der Auswirkungen auf weitere Marktteilnehmer – etwa die Verbraucher – fehlt bislang.

### Rolle des Verbrauchers im binnenmarktzentrierten Richtlinienentwurf

Verbraucher wären nach der Schlussfolgerung der EU-Kommission die Hauptopfer von Fehlfunktionen des Binnenmarkts für Dienstleistungen: Sie sind gehindert, Dienste in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen bzw es mangelt ihnen dabei an Vertrauen, und sie müssen zu hohe Preise zahlen. Ihre Lebensqualität ist nachteilig betroffen, da ihnen ein breiteres Angebot, höhere Qualität und günstigere Preise vorenthalten werden. Anbietern wie Verbrauchern fällt es schwer, sich Kenntnis über den jeweiligen Rechtsrahmen, die zuständigen Behörden und Verfahrensregeln des anderen zu verschaffen.

Dem Befund der EU-Kommission zufolge mangelt es den Mitgliedstaaten an Vertrauen in die Rechtssysteme anderer Länder: Für Anbieter, die ihre Dienste von ihrem Herkunftsstaat aus im Verbraucherland erbringen möchten, hätte dies häufig eine Verdoppelung der Vorschriften und der Kontrollen zur Folge. Dies führe zu unverhältnismäßigen Auflagen für Anbieter, die bereits am Ort ihrer Niederlassung Vorschriften und Kontrollen unterworfen sind. Von der Begründung einer Niederlassung, über Werbung, Vertrieb bis zum Verkauf werde den Anbietern der Marktzugang erschwert.

### Verbraucherrelevante Kernelemente der Richtlinie

Ob Reisebüro, Gesundheits- oder Pflegedienstleistung, Bauhandwerk oder Immobilienmakler – die Richtlinie umfasst (von Ausnahmen durchbrochen) grundsätzlich alle denkbaren Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse, die Verbraucher und Unternehmen in Anspruch nehmen. Die Dienstleistungsrichtlinie gleicht nun keineswegs unterschiedliche Branchenregeln durch Harmonisierung einander an. Die Kommission bedient sich einer Regelungstechnik, die sie zuvor bereits auf Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der e-Commerce-Richtlinie<sup>102</sup> angewendet hat. Allgemeine, horizontale (alle Rechtsbereiche abdeckende) Grundsätze beschränken die Mitgliedstaaten bloß in der Anwendung ihrer innerstaatlichen Normen:

---

101 Bericht im Rahmen der ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor 30.07.2002, KOM(2002) 441 endg.

102 Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

Dienstleister haben demnach bei der Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeiten nur noch die Vorschriften ihres Herkunftslandes zu beachten, wenn sie im Verbraucherland eine Dienstleistung vorübergehend anbieten und ausführen möchten, ohne in diesem auch eine Niederlassung zu besitzen. Erfasst sind prinzipiell alle Normen, unabhängig davon ob es sich um Vorschriften des Verwaltungs-, Privat-, oder Strafrechts handelt. Auch die Durchführung von Kontrollen und die Verfolgung von Rechtsverletzungen bleibt ausschließlich den Behörden im Herkunftsland vorbehalten. Das Herkunftslandprinzip und Ausnahmen davon (wie etwa für Teile des Verbrauchervertragsrechts) führen zu einer komplexen Gemengelage an Vorschriften verschiedener Länder, die in einem grenzüberschreitenden Streitfall zwischen Dienstleister und dem Verbraucher zu berücksichtigen sind.

- **Herkunftslandsprinzip:**  
Dienstleister haben demnach bei der Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeiten nur noch die Vorschriften ihres Herkunftslandes zu beachten, wenn sie im Verbraucherland eine Dienstleistung vorübergehend anbieten und ausführen möchten, ohne in diesem auch eine Niederlassung zu besitzen. Erfasst sind prinzipiell alle Normen, unabhängig davon, ob es sich um Vorschriften des Verwaltungs-, Privat-, oder Strafrechts handelt. Auch die Durchführung von Kontrollen und die Verfolgung von Rechtsverletzungen bleibt ausschließlich den Behörden im Herkunftsland vorbehalten. Das Herkunftslandprinzip und Ausnahmen davon (wie etwa für Teile des Verbrauchervertragsrechtes) führen zu einer komplexen Mischung an Vorschriften verschiedener Länder, die in einem grenzüberschreitenden Streitfall zwischen Dienstleister und dem Verbraucher zu berücksichtigen sind.
- **Bürokratieabbau und bessere Zusammenarbeit zwischen den Ländern:**  
Mitgliedstaaten sollen Verwaltungsaufgaben, die Unternehmen davon abhalten, neue Niederlassungen zu gründen, um ihre Dienstleistungen grenzüberschreitend Verbrauchern anbieten zu können, sukzessive beseitigen. Nationale Behörden sollen untereinander enger zusammenarbeiten.
- Einige wenige **materielle Bestimmungen** sind den Verbrauchern gewidmet (Berufshaftpflichtversicherung, Informationspflichten der Anbieter).

### **Erfahrungen mit dem Herkunftslandprinzip im Bereich des e-Commerce**

Das Herkunftslandprinzip ist im Anwendungsbereich der e-Commerce-Richtlinie bislang kein Garant für leichtere Rechtsanwendung und schnelle Rechtsdurchsetzung. Den Aufwand, fremdes Recht zu recherchieren, über den zuvor die Anbieter klagten, trägt nun überwiegend die Verbraucherseite. Erschwert wird Verbraucherorganisationen die Rechtsverfolgung in Fällen, wo zuvor – anknüpfend am Markort bzw Ort des Schadenseintritts – das Recht des Verbrauchers angewendet werden konnte. Aufwändig und nicht immer Erfolg versprechend erweist es sich nun, über Verbindungsstellen im Niederlassungsland, Verfahren gegen unlautere Anbieter in Gang zu setzen. Letztlich zeigt die Praxis, dass die Kosten für eine grenzüberschreitende Kooperation in Zeiten angespannter Haushaltsbudgets die realen Möglichkeiten von staatlichen Behörden und Verbrauchereinrichtungen bei weitem übersteigen.

Dass die in der e-Commerce-Richtlinie vorgesehene Zusammenarbeit aller Mitgliedstaaten (über so genannte Verbindungsstellen) noch nicht verlässlich funktioniert, hat die AK beispielhaft dokumentiert. Die Webseiten dreier Anbieter, die 2003 ihren Dienst österreichischen KonsumentInnen – unzulässigerweise ohne Angabe des Firmensitzes – ausschließlich über das Internet anboten, wurden der nationalen Verbindungsstelle gemeldet. Über die Domainregistrierung konnte zumindest auf die Niederlassungsländer der Anbieter geschlossen werden. Eine Website wurde nach vier Monaten saniert. In den

beiden anderen Fällen blieben die angeschriebenen Behörden eine Rückmeldung schuldig – die Webseiten sind seit zwei Jahren unverändert.

Außerdem sind viele mit Rechtsmängeln behaftete Webseiten in nicht-deutschsprachigen Mitgliedsstaaten angemeldet und richten sich aber ausschließlich an potentielle Interessenten im deutschen Sprachraum. Die offensichtliche Umgehungsstrategie der Anbieter und die Untätigkeit der Behörden am Niederlassungsort können dem Konsumenten erheblichen Schaden zufügen. So verteilen etwa Anbieter von Internetdiensten, die über Telefon-Mehrwertnummern abrechnen, immer öfter ihre Niederlassung, den Bezug von Mehrwert-Rufnummern und den bearbeiteten Konsumentenmarkt auf drei Länder. Auf diese Weise können Behördenmaßnahmen gegen unlautere, teilweise auch betrügerische Geschäftspraktiken lange hinausgezögert werden. Behilflich ist den Anbietern dabei wohl nicht zuletzt auch, dass die zur Rechtsverfolgung aufgerufenen Mitgliedsländer, nicht jene sind, in denen die meisten der betroffenen KonsumentInnen leben.

Würde das Herkunftslandprinzip auf nahezu alle Dienstleistungen erstreckt, wären auch aufwändigere Ermittlungsverfahren (als die vergleichsweise leicht feststellbaren Rechtsverstöße von Online-Anbietern) mit starkem Bezug zum Verbraucherland im Niederlassungsland zu führen. Das Verbraucherland kann, wenn es um Amtshilfe ersucht wird, unterstützen. Bei Untätigkeit des Niederlassungslandes und gleichzeitiger Gefahr etwa für die Gesundheit der Verbraucher können im Verbraucherland vorläufige Abwehrmaßnahmen – unter Einhaltung eines aufwändigen Meldeverfahrens gegenüber der EU-Kommission und dem Niederlassungsland – ergriffen werden.

Es wird deshalb nicht ganz unbegründet befürchtet, dass Vollzugsdefizite und Verfahrensdauer zu nehmen, und allgemein das Vertrauen in die Rechtssicherheit im EU-Raum leiden könnte. Vor allem die Verfolgung „kleiner“ – aber unter Umständen massenhaft auftretender – Rechtsverstöße stünde in keinem Verhältnis zur zeitlichen wie finanziellen Belastung. Darunter dürften die Verbraucher zu leiden haben, zu deren Schutz viele Informations- und Ausübungsvorschriften geschaffen worden sind.

## **Auswirkungen der Richtlinie auf Verbraucher**

### **Rechtsunkenntnis auf Verbraucherseite**

Die Konsumenten kennen die Rechtsvorschriften im Sitzstaat des Anbieters (etwa zur Werbung, Zulassung) im allgemeinen nicht und können daher weit weniger beurteilen, ob dessen Verhalten rechtmäßig ist.

### **Marktintransparenz**

Der Entwurf verbietet es, an Anbieter die Anforderung zu stellen, eine Meldung außerhalb ihres Niederlassungslandes abzugeben. Am Marktort können sich Behörden – und folglich auch der Verbraucher – nicht ohne weiteres einen Überblick darüber verschaffen, welche Anbieter am Markt tätig sind und wo ihre Niederlassung liegt. Der Entwurf verpflichtet die Anbieter wohl dazu, gegenüber Interessenten Firmennamen und Anschriften offen zu legen. Gerät der Konsument aber an einen unredlichen Anbieter, der falsche Angaben leistet, so wird die Rechtsverfolgung gegen einen über Landesgrenzen hinweg mobilen, nicht eindeutig identifizier- und lokalisierbaren Anbieter in der Regel scheitern.

### **Unsicherheiten bezüglich des anzuwendenden Rechts**

Mit der Verankerung des Herkunftslandprinzips wird die Klärung des Orts der Niederlassung zur zentralen Vorfrage, die über das anzuwendende Recht entscheidet. Niederlassungsort ist nach bisheriger

EuGH-Rechtsprechung, jener Ort, an dem „die wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung tatsächlich auf unbestimmte Zeit ausgeübt wird“. Dabei genügt es allerdings, wenn eine Gesellschaft für einen bestimmten Zeitraum gegründet wird bzw Gebäude oder Anlagen angemietet werden. Ist im Falle mehrerer Niederlassungen schwer festzustellen, von wo aus ein bestimmter Dienst erbracht wird, so ist nach Auffassung der EU-Kommission<sup>103</sup> entscheidend, welchen Ort der Dienstleister selbst als Mittelpunkt seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit der betreffenden Dienstleistung betrachtet.

Ist der Niederlassungsort nicht anhand eindeutiger Kriterien für den Verbraucher jederzeit bestimmbar (etwa über eine Registrierung der Hauptniederlassung), so droht er im Konfliktfall zum Spielball des Anbieters zu werden. Dieser könnte strategisch zwischen unterschiedlichen Rechtsrahmen wählen und im Falle eines Prozesses einwenden, der Verbraucher stütze seine Ansprüche auf die falsche Rechtsordnung.

Noch deutlicher wird dieses Risiko, wenn der Verbraucher einen Anbieter wählt, bei dem unklar ist, ob er im Land der Dienstleistung niedergelassen ist oder nur temporär von seinem Sitzland aus den Markt bearbeitet. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der vorübergehende Charakter einer Dienstleistung nicht nur anhand der Dauer der Leistungserbringung, sondern auch der Häufigkeit zu bestimmen. Dass der Anbieter ein Büro, eine Kanzlei oder Praxis unterhält, ist allein noch kein Merkmal, das gegen den vorübergehenden Charakter der Dienstleistung spricht. Verbraucher werden aber kaum zu Informationen darüber gelangen, in welcher Dichte der beauftragte Fliesenleger grenzüberschreitende Arbeiten ausführt. Die Rechtssicherheit erfordert verbindlichere Anhaltspunkte, die nicht allein im Belieben des Anbieters liegen.

### **Zu restriktive Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip**

Dem Richtlinienentwurf zufolge gilt das Herkunftslandprinzip nicht im Bereich des Verbrauchervertragsrechtes, sofern die auf den Streitfall anzuwendenden Vorschriften „auf Gemeinschaftsebene nicht vollständig harmonisiert sind“. Das Schutzbedürfnis der Verbraucher geht weiter: Abgesehen von häufigen Abgrenzungsproblemen (wann ein Bereich als voll harmonisiert gilt) kann dem Verbraucher weder vermittelt noch zugemutet werden, seinen Vertrag bzw Beschwerdesachverhalt in einzelne Bestandteile zu zerlegen und zu prüfen, für welche Aspekte des Rechtsgeschäfts österreichisches bzw ein anderes Vertragsrecht gilt.

Die Ausnahme umfasst auch nicht die entscheidende vorvertragliche Phase (zB Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten, irreführende Werbung) und kommerzielle Aktivitäten, die nie in einen Vertrag münden (etwa Gewinnspiele).

Schließlich greift das Herkunftslandprinzip massiv in den Anwendungsbereich des aktuellen Verordnungsentwurfs zu Rom II (Klärung des anzuwendenden Rechts bei außervertraglichen Schuldverhältnissen)<sup>104</sup> ein. Dem versucht die Kommission dadurch zu begegnen, dass sie anderen Rechtsakten (somit auch der Dienstleistungsrichtlinie) einen Vorrang vor der Verordnung einräumt. Damit würden im Bereich des Wettbewerbsrechts bewährte Regeln des Internationalen Privatrechts aufgegeben und der zweite, wichtige Schutzzweck des Wettbewerbsrechts, dem Verbraucher Transparenz zu sichern, abgewertet. Die Anknüpfungspunkte für das jeweils anzuwendende Recht sind in der Verordnung um vieles sachgerechter formuliert worden. So ist nach Rom II für unlautere Geschäftspraktiken der Markt- bzw Erfolgsort maßgeblich, also gerade nicht das Recht des Herkunftslandes. Auch im Strafrechtsbereich wird die Anknüpfung am Erfolgsort durch das Niederlassungsprinzip verdrängt. Das österreichische Justizressort und Verbraucherorganisationen schlagen deshalb vor, die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip auf das gesamte Privatrecht auszudehnen.

---

103 Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie, Erwägungsgrund 18a und 19.

104 Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) KOM(2003)427endg.

## **Qualität der Dienste**

Die heterogenen Standards, die derzeit zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, werden mit dem Herkunftslandprinzip auch auf die nationale Ebene verlagert: Dienstleister aus 25 Ländern können unter alleiniger Beachtung ihrer jeweiligen heimatlichen Rechtsordnungen (im koordinierten Bereich) miteinander auf einem nationalen Markt in Wettbewerb treten. Das Herkunftslandprinzip fördert damit den Standortwettbewerb zwischen Mitgliedstaaten um die kostengünstigsten Produktionsbedingungen und folglich auch um die niedrigsten Anforderungen an die Aufnahme und Ausübung von kommerziellen Tätigkeiten.

## **Vertrauensstärkende Maßnahmen für Verbraucher**

### **Berufshaftpflichtversicherung ersetzt nicht Präventivmaßnahmen**

Ein nachträglicher Erstattungsanspruch für den Fall, dass der Konsument durch eine nicht fachgerecht ausgeführte Dienstleistung in einem sensiblen Bereich (etwa medizinische Leistung) zu Schaden kommt, ersetzt präventive Schutzmaßnahmen nicht. Verbraucher möchten darauf vertrauen können, dass grenzüberschreitende Anbieter eine gleichwertige Qualifikation wie inländische Anbieter besitzen und vergleichbaren Marktkontrollen unterworfen sind.

### **Informationspflichten**

Die Anbieterpflichten in der Dienstleistungsrichtlinie bleiben hinter dem Verbraucherschutzniveau in Österreich (zB Preisauszeichnungsvorschriften) und bestehendem Gemeinschaftsrecht (zB Fernabsatzrichtlinie<sup>105</sup>) zurück. Bestimmte Angaben (zB Name, geografische Adresse, Geschäftsbedingungen) sind dem Verbraucher wohl mitzuteilen. Der Anbieter kann die Informationen aber wahlweise aus eigener Initiative mitteilen, am Ort der Leistungserbringung oder des Vertragsabschlusses leicht zugänglich halten oder im Internet veröffentlichen. Dem Konsumenten sind nur auf ausdrückliche Anfrage „Zusatzinformationen“ wie etwa die Hauptmerkmale und der Preis der Dienstleistung mitzuteilen.

## **Ausweg**

Der bisher von der EU eingeschlagene Weg einer Rechtsangleichung divergierender Rechtsordnungen erforderte zwar viel Zeit und Detailwissen über Besonderheiten in den einzelnen Mitgliedsländern. Eine Harmonisierung des Rechtsrahmens für einzelne Dienstleistungsgruppen wäre auch gewiss nicht einfach, würde aber gegenüber einem auf allgemeinen Regeln der Anerkennung und Nichtdiskriminierung aufbauenden Richtlinienentwurf die Chance eröffnen, Interessen von Verbrauchern wie Anbietern abzuwägen und sachgerecht zu berücksichtigen. Eine gewisse materielle Rechtsannäherung ist Vorbedingung dafür, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechtssysteme wechselseitig anerkennen und über die verbleibenden Unterschiede ohne übermäßige Bedenken hinwegsehen können.

---

105 Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz 97/7/EG.

## 2.2. Die Position der Berichterstatterin des Europäischen Parlaments

Evelyne Gebhardt

Der von der Europäischen Kommission im Januar 2004 vorgelegte Entwurf für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt ist eines der umstrittensten Gesetzesvorhaben, die dem Europäischen Parlament zur Zeit vorliegen. Bereits im Vorfeld der parlamentarischen Beratungen wurde deutlich, dass der Richtlinienentwurf bei vielen Berufsverbänden und Gewerkschaften, aber auch direkt bei Bürgerinnen und Bürgern auf starke Kritik stößt. Eine öffentliche Anhörung des Europäischen Parlaments im November 2004 verdeutlichte diesen Eindruck.

Worum geht es genau bei dem Richtlinienentwurf?

Ziel des vorgeschlagenen Gesetzes ist es, einen Rechtsrahmen zu schaffen, durch den die Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden. Das Vorhaben der Kommission, die Dienstleistungsfreiheit in der EU zu fördern, begrüße ich im Ansatz. Allerdings ist der dem Europäischen Parlament vorgelegte Entwurf schlicht inakzeptabel. Der Text enthält zu viele Unklarheiten, die zu Rechtsunsicherheit führen können. Das beginnt schon mit dem unpräzisen Anwendungsbereich der Richtlinie: Es gibt keine klare Abgrenzung zu den Bereichen der Sozialwirtschaft und den Diensten von allgemeinem Interesse, die auf keinen Fall wie gewöhnliche wirtschaftliche Dienstleistungen behandelt werden können. Genauso unklar bleibt die Abgrenzung zu Dienstleistungen, die bereits durch sektorale Richtlinien abgedeckt sind oder werden, wie zum Beispiel für die reglementierten Berufe, die durch die Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen (Vorschlag für eine Richtlinie KOM(2002)0119) abgedeckt sind.

Im Sinne des Richtlinienentwurfs ist eine „Dienstleistung“ jede „selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, bei der einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht“ (Artikel 4.1). Wenn als einziges Kriterium für eine Aufnahme in den Anwendungsbereich die Wirtschaftlichkeit einer Dienstleistung zählt, könnte dies auch auf Dienstleistungen aus Bereichen wie Bildung oder Gesundheit angewandt werden. Dadurch entstehen „Grauzonen“ von Dienstleistungen, bei denen man nicht mehr weiß, ob sie tatsächlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen oder nicht. Da aber bei der Öffnung des Dienstleistungsmarkts gerade der Besitzstand bei den Leistungen der Daseinsvorsorge, dem Schlüssel zum europäischen Sozialmodell, gewahrt werden muss, ist eine klare Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsrichtlinie vonnöten.

Der am heftigsten diskutierte Kritikpunkt des Richtlinienentwurfs ist das so genannte Herkunftslandprinzip, das vorsieht, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaats unterliegen. Der Herkunftsmitgliedstaat ist für die Kontrolle des Dienstleistungserbringers und der von ihm erbrachten Dienstleistung verantwortlich, auch wenn der Dienstleistungsempfänger diese in einem anderen Mitgliedstaat anbietet. Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip werden in erster Linie dort zugelassen, wo auf Gemeinschaftsebene bereits sektorale Harmonisierungsmaßnahmen bestehen.

Eine Einführung des Herkunftslandprinzips könnte aber die Gefahr des Sozialdumpings mit sich bringen: In seiner jetzigen Form bietet der Richtlinienentwurf Dienstleistungsanbietern einen starken Anreiz, sich gerade in jenen Staaten niederzulassen, in denen vergleichsweise niedrigere Sozial-, Verbraucherschutz- oder Umweltstandards gelten. Ein solcher Anbieter wäre dann nur an die Regelungen des Niederlassungsstaats gebunden, wenn er seine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat anbieten möchte. Dadurch können nicht nur bestehende Arbeitnehmerrechte, sondern auch die



Rechte von Patienten und Verbrauchern im Gastland unterlaufen werden. Ein Patient, der in Frankreich von einem dort nur vorübergehend arbeitenden belgischen Arzt behandelt wird, kennt im Schadensfall nicht das belgische Recht, dem der Arzt untersteht.

Das Herkunftslandprinzip wirft noch weitere praktische Probleme auf: Wenn die Kontrollkompetenz – wie vorgesehen – beim Herkunftsland liegt, ist fragwürdig, ob der Staat der Niederlassung überhaupt ein Interesse an der Durchführung von Kontrollen hat, die Dienstleistungen außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets betreffen. Hat Großbritannien wirklich Interesse daran, einen in Großbritannien ansässigen Maurer zu kontrollieren, der seine Dienstleistung in Deutschland anbietet?

Im Zusammenhang mit der Anwendung des Herkunftslandprinzips stellt sich ferner die Frage nach der Kohärenz der europäischen und internationalen Gesetzgebung. So kollidiert der Richtlinienentwurf mit bereits bestehenden europäischen Gesetzestexten (zum Beispiel der Entsende-Richtlinie oder der Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Aufträge) und mit Regelungen des internationalen Privatrechts (Konvention von Rom).

Bleiben wir bei unserem Beispiel des in Großbritannien ansässigen Maurers, der in Deutschland eine Dienstleistung anbieten will: Gelten für ihn die strengen Regelungen der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsabschlüssen, weil der Beruf des Maurers in Deutschland reglementiert ist, oder wird er den laschen Vorschriften der Dienstleistungs-Richtlinie und damit dem Herkunftslandprinzip unterliegen, da in Großbritannien dieser Beruf nicht reglementiert ist? Abgesehen von der Rechtsunsicherheit, die eine solche Situation mit sich bringt, wird aufgrund des Herkunftslandprinzips bei der Erbringung derselben Dienstleistung mit zweierlei Maß gemessen. Dies aber widerspricht der Antidiskriminierung und Gleichstellung, die eigentlich Ziel der Richtlinie sein sollten, und führt damit zwangsläufig zur Inländerdiskriminierung.

Die Einführung des Herkunftslandprinzips in einer solchen Bandbreite von Bereichen, wie sie die Kommission vorschlägt, kann darüber hinaus den Weg zu einer Harmonisierung der europäischen Gesetzgebung blockieren. Dienstleistungserbringer müssten dann nur noch den Bestimmungen ihres eigenen Landes entsprechen. Das käme dem Anliegen gleich, nicht mehr einen fairen Wettbewerb in der Europäischen Union zu gestalten, sondern einen Wettbewerb zwischen den Staaten der Europäischen Union zu organisieren. Mag sein, dass die Europäische Kommission das will. Das Europäische Parlament wird dieses Anliegen aber auf keinen Fall akzeptieren. Wir wollen einen fairen Wettbewerb auf hohem Qualitätsniveau, der den sozialen Zusammenhalt, den Verbraucherschutz und den Umweltschutz auf möglichst hohem Niveau garantiert. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, dass gemeinsame Mindeststandards geschaffen werden. Im Interesse eines fairen Wettbewerbs sind gemeinsame Regeln notwendig. Das heißt: Wo es möglich ist, sollte eine Harmonisierung der Regeln gestaltet werden, wo dieses nicht möglich ist, ein System gegenseitiger Anerkennung installiert werden, und wo dies zur Zeit auch nicht möglich ist, zum Beispiel im Steuerrecht oder bei der Haftpflicht, muss der Dienstleistungserbringer schlicht das Recht des Ziellandes respektieren.

Angesichts der vielen Probleme, die der Kommissionsvorschlag aufwirft, ist es notwendig, den Text des Richtlinienentwurfs tief greifend zu überarbeiten. Daran arbeitet zur Zeit das Europäische Parlament. Als Berichterstatterin des Europäischen Parlaments werde ich alles daran setzen, damit eine klare Abgrenzung zu den Diensten der Daseinsvorsorge erfolgt, die meines Erachtens keinesfalls in das Anwendungsgebiet dieses Gesetzes einfließen dürfen. Und ich werde alles daran setzen, dass das Europäische Sozialmodell respektiert und verbessert wird, und auf keinen Fall einem Sozialdumping der Weg bereitet wird.

Die Dienstleistungs-Richtlinie darf auf keinen Fall zu einem Absinken von Qualitätsstandards, dem Unterlaufen einzelstaatlicher Bestimmungen und damit zur Gefährdung der sozialen, Verbraucher- und Patientenrechte führen.

## 2.3. Die Position des Europäischen Gewerkschaftsbundes

Wolfgang Kowalsky

### Die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Kommission und die Aktivitäten des EGB

#### 1. Einleitung

Am 13. Januar 2004 veröffentlichte die Europäische Kommission eine Rahmenrichtlinie (fortan kurz: RL) für Dienstleistungen (fortan kurz: DL), die innerhalb kürzester Zeit als „Bolkestein-Richtlinie“ – nach dem damals zuständigen Kommissar Frits Bolkestein, dem die Generaldirektion Binnenmarkt unterstand, eine gewisse Publizität erlangte. Bolkestein hat seine „Philosophie“ der Europäischen Integration am 18. Oktober 2002 in einer Rede vor der Berliner Humboldt-Universität erläutert. Er sieht drei „Kernaufgaben“ der EU, nämlich die „Beseitigung von Hindernissen“ für den Wirtschaftsverkehr, die „Lösung grenzüberschreitender Probleme“ und die „Nutzung von Skaleneffekten“. Die soziale Dimension hält er für überflüssig, indem er ausdrücklich eine „Renationalisierung“ des sozialen Bereichs, einschließlich der Kohäsions- und Strukturfonds, ins Auge fasst. Das „Projekt Binnenmarkt“ und die „Wettbewerbspolitik“ bilden das Fundament seiner Europasicht.

Die unter der Verantwortung von Bolkestein vorgelegte DL-Richtlinie stellt an Komplexität vorhergehende Binnenmarkt-Richtlinien weitgehend in den Schatten, ebenso an Reichweite, die enorm ist, nicht auf einzelne Sektoren beschränkt, sondern horizontal-sektorenübergreifend. Die Interferenzen und Schnittstellen mit anderen Gemeinschaftsinstrumenten (Rom I, Rom II, Richtlinie für Berufsqualifikationen, Entsenderichtlinie etc) sind nur schwer überschaubar. Ebenso wenig geklärt sind die zu erwartenden Auswirkungen in den einzelnen Mitgliedstaaten und in einzelnen Bereichen bzw Sektoren.

Zur Begründung des Vorhabens bringt die Kommission vor: Dienstleistungen machen 70% von Bruttoinlandsprodukt (BIP) und Beschäftigung aus. Die Richtlinie decke Dienstleistungen ab, die 50% des BIP und 63% der Beschäftigung abdecken.<sup>106</sup> Es sei notwendig, das brachliegende Potenzial zu heben.

Laut Kommissionsangaben wird ein „erhebliches Wachstums- und Beschäftigungspotenzial“, eine „bessere Lebensqualität“ attestiert<sup>107</sup> und generell behauptet, dass ein besseres Funktionieren des Binnenmarkts „signifikant“ die Beschäftigungsmöglichkeiten in der EU erhöhen wird,<sup>108</sup> aber konkrete Belege werden nicht geliefert. Aufgrund der Erfahrungen mit Schätzungen in der Vergangenheit wirft eine solche Vorgehensweise zahlreiche Fragen auf.

Bereits anlässlich der Vorlage von Delors' „Weißbuch zur Vollendung des europäischen Binnenmarkts“ im Jahre 1985, das den Startschuss zur Verwirklichung des Binnenmarkts bis 1992 gab, wurden Studien in Auftrag gegeben, unter anderem der Bericht von Paolo Cecchini 1988, der die Schaffung von 4,4 bis 5,7 Millionen Arbeitsplätzen prognostizierte.<sup>109</sup> Schon damals setzte das Modell von Cecchini auf die Realisierung von Größenvorteilen (economy of scale) und unterschätzte die Freisetzung von Arbeitskräften als Folge von Rationalisierungen.

---

106 Vgl SEC 2004(21), S 36.

107 Vgl SEC 2004(21), S 3, 5, 12.

108 Vgl SEC 2004(21), S 36.

109 Vgl Wolfgang Kowalsky, Europäische Sozialpolitik. Ausgangsbedingungen, Antriebskräfte und Entwicklungspotenziale; Opladen 1999, S 106.

Im „Zweiten Bericht über die Umsetzung der Binnenmarktstrategie 2003-2006“ prognostiziert die Kommission einen „Beschäftigungszuwachs von 0,3%“ durch den Wegfall von Hemmnissen, bezogen auf die EU-20. Kommissionspräsident José Manuel Barroso teilte am 2. Februar 2005 vor dem Europäischen Parlament (EP) mit, dass es nicht „unvernünftig“ wäre, von der Umsetzung der gesamten Lissabon-Agenda einen Zuwachs an Beschäftigung von 3% zu erwarten, also von 6 Millionen Arbeitsplätzen.<sup>110</sup> Der Zuwachs an Arbeitsplätzen allein durch die Dienstleistungsrichtlinie wurde von Barroso vor dem Europäischen Parlament auf 600.000 beziffert – eine vergleichsweise geringfügige Zahl angesichts der – in der Lissabonstrategie – bis 2010 vorgesehenen Erhöhung der Beschäftigungsrate auf 70 Prozent.

## **2. Die Reaktion der Gewerkschaften**

Im Februar 2004 befasste sich die „legal coordination group“ des Europäischen Gewerkschaftsbundes (EGB) mit dem Thema sowie auch die EGB-Arbeitsgruppe „Social Policy and Legislation“ am 23. Februar 2004 zur Ausarbeitung und Koordinierung der Position. Die offizielle Stellungnahme erfolgte am 17./18. März 2004 seitens des Exekutivausschusses des EGB. Auf der Grundlage dieser Positionierung begann die Öffentlichkeitsarbeit. Die meisten anderen Gewerkschaften folgten mit einiger oder erheblicher Verzögerung.

Der EGB bringt eine Reihe von Kritikpunkten vor: Zunächst ist bedauerlich, dass die Kommission – entgegen den klaren Vorgaben der Verträge (Artikel 138 EG-Vertrag) – es versäumt hat, den EGB im Vorfeld zu konsultieren. Der Vorschlag wurde ohne vorhergehende Grün- oder Weißbücher präsentiert.

In einer vom European Policy Center am 22. April 2004 organisierten Debatte über „The Internal Market in Services: Priorities and Challenges ahead“ intervenierte Józef Niemiec als EGB-Vertreter und unterstrich, dass der EGB nicht konsultiert worden ist. Er forderte, dass Sozialschutz, Arbeitnehmerrechte gewahrt bleiben müssen und betonte, dass die Auswirkungen des „Ursprungslandprinzips“ auf das Arbeitsrecht völlig unklar sind. Er verlangte eine Folgenabschätzung.

Offenbar wurde es völlig unterlassen, ein seriöses „impact assessment“ vorzunehmen, um die Folgen des Vorschlags abschätzen zu können. Zwar verspricht die Kommission, eine „ex-post“-Evaluierung der sozialen Auswirkungen zu erstellen,<sup>111</sup> aber sie verschweigt wohlweislich, was sie unternehmen würde, wenn diese Bewertung negativ ausfällt.

### **2.1 Die Analyse der Richtlinie**

Die Richtlinie definiert in einem ersten Kapitel allgemeine Bestimmungen (Gegenstand, Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen), im zweiten die Verfahren der Niederlassungsfreiheit (einheitliche Ansprechpartner, Genehmigungsverfahren, unzulässige oder zu prüfende Anforderungen, unzulässige Beschränkungen, Erstattung von Behandlungskosten), im dritten Bestimmungen eines freien Dienstleistungsverkehrs (Herkunftslandprinzip und allgemeine bzw vorübergehende Ausnahmen, Rechte, Entsendung von Arbeitnehmern bzw Drittstaatsangehörigen), im vierten die Qualität der Dienste, im fünften die Kontrolle, im sechsten ein Konvergenzprogramm (Verhaltenskodizes, gegenseitige Evaluierung) und im siebenten die Schlussbestimmungen.

Der Artikel 2 der RL über den Anwendungsbereich gibt Auskunft über die betroffenen Dienstleistungen: „beispielsweise Unternehmensberatung, Zertifizierungs- und Prüfungs- oder Wartungstätigkeiten, die Unterhaltung und die Bewachung von Büroräumen, Werbung, Personalagenturen, einschließlich Zeit-

---

<sup>110</sup> Vgl Communication to the Spring European Council. Brussels 02.02.2005 COM(2005) 24, A new start for the Lisbon Strategy, S 31

<sup>111</sup> Vgl SEC 2004(21), S 41.

arbeitsvermittlungen, die Dienste von Handelsvertretern, Rechts- und Steuerberatung, Dienstleistungen des Immobilienwesens, wie die Tätigkeit der Immobilienmakler, Dienstleistungen des Baugewerbes und der Architekten, Handel, die Veranstaltung von Messen, die Vermietung von Kraftfahrzeugen, Sicherheitsdienste, Dienstleistungen der Fremdenverkehrsbranche, einschließlich der Dienste von Reisebüros und Fremdenführern, audiovisuelle Dienste, Sportzentren und Freizeitparks, Dienstleistungen im Freizeitbereich, Gesundheitsdienstleistungen und häusliche Dienste, wie die Pflege älterer Menschen“. Diese Aufzählung ist nicht vollständig, ebenso fallen IT-Dienstleistungen, Werkschutz, Facility Management, textiles Reinigungsgewerbe, Wartungsdienste von Maschinen usw. darunter.

Neben dem Anwendungsbereich ist die Definition von Binnenmarkthindernissen zentral. Die Kommissionssicht ist umfassend: Im Bericht „Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen. Bericht im Rahmen der ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor“ vom 30.07.2002 konstatierte die Kommission im Kapitel über Regeln nicht-staatlicher Organisationen ausdrücklich, dass „Kollektivregelungen“ der Sozialpartner Hindernisse auf dem Weg zur Verwirklichung des Binnenmarkts darstellen können.<sup>112</sup> Folgerichtig schließt der Artikel 4 (7) Kollektivvereinbarungen („collective rules of professional associations“) in die Rubrik „Erfordernisse“ („requirements“) ein, so dass sie als „Hindernis“ für den Binnenmarkt betrachtet werden, die es zu eliminieren gilt.

### **2.1.1 „Herkunftslandprinzip“ statt Harmonisierung und Mindeststandards**

Die Kommission strebt an, die seit den Anfängen des Binnenmarkts gebräuchliche Methode der Harmonisierung zu ersetzen durch das „Herkunftslandprinzip“, mehr noch: Dieses – „politisch explosive“<sup>113</sup> – Prinzip bildet genau das Kernstück des RL-Vorschlags. Das Herkunftslandprinzip, wie in Artikel 16 niedergelegt, läuft auf ein Nebeneinander von 25 bzw 28 Rechtsordnungen in einem Land hinaus. Die Konsequenzen sind weitgehend: Dienstleistungserbringer unterliegen demnach nur den Bestimmungen des Herkunftslandes, das allein Kontrollbefugnis für die erbrachten Dienste hat: Das Herkunftslandprinzip enthebt bei grenzüberschreitender Tätigkeit jeglicher Niederlassungs-, Genehmigungs-, Registrierungs- und Meldepflicht. Es bietet somit Anreize für Sitzverlagerungen zur Umgehung von Kollektivverträgen, Umwelt-, Arbeits- und Gesundheitsstandards und Qualifikationsanforderungen. Eine Abwärtsspirale der Standards und Normen, insbesondere der Sozial- und Umweltbestimmungen, ist daher zu befürchten. Ganz direkt werden verschiedene Systeme in Konkurrenz zueinander gesetzt mit dem Ergebnis, dass in einem Mitgliedstaat kein einheitliches Recht mehr gilt.

Artikel 3 des EG-Vertrags setzt auf die „Angleichung“ („approximation“) der Rechtsvorschriften, nicht ein Chaos von 25 bzw 28 nebeneinander stehenden Rechtssystemen in einem Land. Das Herkunftslandprinzip findet sich hingegen nicht in den Verträgen; dort ist von „Annäherung“ und „Harmonisierung“ die Rede. Es kehrt der „Gemeinschaftsmethode“, die dem Binnenmarktprojekt von Jacques Delors zugrunde lag, den Rücken und bringt die Europäisierung nicht voran, sondern lässt nationale Praktiken unberührt, setzt sie vielmehr in Konkurrenz zueinander, verschärft also die nationale Systemkonkurrenz.

Die Anwendung dieses Prinzips, das die Koexistenz verschiedener nationaler Systeme im selben Ziel-land erlaubt, bewirkt einen Nivellierungsdruck, setzt einen Wettbewerb bzw Wettlauf in Gang um die niedrigsten Normen und Standards.<sup>114</sup> Zwar behauptet die Kommission, sie wolle Interferenzen mit der institutionellen Organisation der Mitgliedstaaten vermeiden, aber das Resultat der Umsetzung der Richtlinie könnte eine erhebliche gesellschaftliche Umstrukturierung sein, in Gang gesetzt vom freien Spiel der Marktkräfte. Da in Anwendung des „Herkunftslandprinzips“ Dienstleistungserbringer lediglich

---

112 KOM(2002) 441 endgültig, Seite 55 sowie Fußnote 174.

113 Financial Times, 14. Februar 2005, Munchau.

114 „Nivellierung nach unten“, Der Spiegel, 8/2005, S. 82ff.

den nationalen Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes unterliegen, besteht in Bereichen, die auf europäischer Ebene nicht harmonisiert sind, die Gefahr unlauteren Wettbewerbs mit negativen wirtschaftlichen und sozialen Folgen – so wie bereits in der Seeschifffahrt durch die „Billigflaggen“. Durch derartige Vorgaben würden Dienstleistungserbringer dazu ermutigt, ihren Sitz in Mitgliedstaaten zu verlegen, in denen die Auflagen im steuerlichen, sozialen und ökologischen Bereich leichter zu erfüllen sind. Umgekehrt würden Anreize für Regierungen von Ländern mit strengeren Vorschriften geschaffen, diese aufzuweichen. Die Folgen für die Qualität der Dienstleistungen wären erheblich.

Artikel 16 (3e) der RL schreibt den Mitgliedstaaten vor, dass sie keine „Anforderungen“ bezüglich der Dienstleistungstätigkeit innerhalb ihres Territoriums auferlegen dürfen. Es ist unklar, ob dieser Passus auch Arbeitsrecht und Kollektivvereinbarungen betrifft. Der Gastmitgliedstaat darf keine Vorkehrungen treffen, um gleiche Ausgangsbedingungen (ein „level playing field“) sicherzustellen und um nationale Dienstleistungsanbieter gegen unfairen Wettbewerb durch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten zu schützen, die weniger strikte Auflagen zu erfüllen haben (im Folgenden werden die Begriffe Gastmitgliedstaat/Gastland-, Zielmitgliedstaat/Zielland-, und Arbeitsortprinzip synonym verwendet als Gegensatz zu Herkunftslandprinzip). Die Diagnose einer Diskriminierung inländischer Betriebe ist nicht umstandslos von der Hand zu weisen. Diese neue Situation würde einen nicht zu unterschätzenden Anreiz für Dienstleistungsanbieter schaffen, den liberalsten Mitgliedstaat als Herkunftsland zu wählen, um sich Wettbewerbsvorteile zu verschaffen – und damit ist ein Anreiz für Dumping gegeben. Um einen massiven Schub von Sitzverlegungen zu vermeiden, müssten zumindest Gemeinschaftsstandards festgelegt werden. Der bloße Wettbewerb der Systeme wird europäische Mindeststandards de facto in Maximalstandards transformieren, ohne dass weitere politische Interventionen nötig wären.

Artikel 17 weist allgemeine Ausnahmen aus („Derogations“) sowie ausgeschlossene Sektoren („excluded sectors“): Ausnahmen vom Herkunftsland betreffen Sektoren wie postalische Dienste, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, notarielle Rechtsakte usw, aber auch Belange wie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, den Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Umwelt.

Dass das Herkunftslandprinzip in der Lage ist, einen ganzen Sektor zum „Billiglohnsektor“ umzukremeln, lässt sich am Beispiel des Dienstleistungssektors Fleischverarbeitung in der Bundesrepublik Deutschland aufzeigen. Innerhalb weniger Monate sei „ein Milliarden-Markt mit mafiösen Strukturen, Lohndumping und moderner Sklaverei“ entstanden, klagt die Gewerkschaft NGG (Nahrung-Genuß-Gaststätten) und befürchtet „verheerende Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt“, denn die Freizügigkeit habe bereits 26.000 deutsche Stellen in Schlachtbetrieben gekostet: „Durch die Dienstleistungsfreiheit brechen alle Dämme – und Kontrollen gibt es hier nicht mehr“. Hingegen preist Wirtschaftsminister Wolfgang Clement das Herkunftslandprinzip als „Hebel zum Abbau überflüssiger Standesregeln“. Arbeitslose Fleischer sind in Alarmbereitschaft und nicht zu besänftigen: „Euer Europa könnt ihr euch dann an den Hut stecken.“<sup>115</sup> Diese explosive Stimmung ist ebenfalls in der Baubranche anzutreffen aufgrund der Befürchtung, Kontrollen seitens der Herkunftslandsbehörden würden an die Stelle von Kontrollen seitens der Behörden im Gastland, also am Arbeitsort stattfinden. Nicht zufällig sprach sich die Berichterstatterin für das EP, Evelyne Gebhardt, bereits gegen einen „Tourismus der Niedriganbieter“ aus : „Ich will keine Tür öffnen für die schwarzen Schafe der Dienstleistungsbranche.“

### **2.1.2 Entsendung von Arbeitnehmern**

Artikel 24 und 25 der RL betreffen die Entsendung von Arbeitnehmern bzw Drittstaatenangehörigen. Während die eigentliche Entsenderichtlinie 96/71/EC die Anwendung bestimmter Regeln des Gastlan-

---

<sup>115</sup> Der Spiegel 7/2005, S 32-35; FAZ 19. Februar 2005, S 14; ähnlich Theo Geers im Interview mit Günter Verheugen über die Dienstleistungsrichtlinie, Deutschlandradio, 20. Februar 2005: „Nein danke, so ein Europa will ich nicht“.

des vorsieht,<sup>116</sup> verbietet die DL-RL den Mitgliedstaaten, Verpflichtungen bezüglich des Aufenthalts von Arbeitnehmern (Genehmigung etc) vorzusehen, die in Konflikt mit dem Herkunftslandprinzip geraten könnten. Die Verpflichtung, bei den Behörden des Ziellandes die Dienstleistungserbringung anzu-melden, wird untersagt,<sup>117</sup> selbst wenn diese Erklärung bis Ende Dezember 2008 weiterhin verlangt werden darf (Artikel 24.1 b). Im Bausektor darf die Verpflichtung ausdrücklich bis Ende 2008 aufrecht-erhalten bleiben (Erwägung 59).

Jegliche Präventivkontrolle durch die Mitgliedstaaten ist untersagt (Erwägung 60). Die vorgeschlagene Richtlinie verbietet, den Dienstleister bzw den entsandten Arbeiter irgendeiner Genehmigung, Registrierung oder Archivierung von Dokumenten zu unterziehen. Der Ziel-Mitgliedstaat hat dadurch kein wirksames Mittel mehr, um potenziellen Missbrauch am Ort der Erbringung der DL zu verhindern oder zu überwachen. Auch wenn die Richtlinie den Herkunftsmitgliedstaat verpflichtet, dem Zielmitgliedstaat dabei zu helfen, die Einhaltung der vorgeschriebenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, ist es schwierig, dies als eine gleichwertige Ersatzlösung aufzufassen.

Artikel 24.1 b schreibt den Mitgliedstaaten ausdrücklich vor, dass sie von Dienstleistungsanbietern oder entsandten Arbeitern keine Erklärungen verlangen dürfen. Diese Vorschrift ist eine Beschneidung der Richtlinie 96/71 und könnte eine effiziente Überwachung verunmöglichen. Es ist unklar, inwiefern es ein Binnenmarkthindernis darstellen soll, wenn der Anbieter einer Dienstleistung das Gastland über die entsandten Arbeitnehmer, den Zeitpunkt des Einsatzes, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen informiert.

Artikel 25 behandelt die Entsendung von Drittstaatsangehörigen. Dem Vorschlag zufolge hat der Herkunftsstaat darauf zu achten, dass Drittstaatsangehörige die gesetzlichen Aufenthalts- und Beschäftigungsbedingungen erfüllen, so wie dies in den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats verankert ist (Beispiel: Eine polnische Agentur entsendet ukrainische Arbeitnehmer nach Belgien). Artikel 25 bescheidet somit die Möglichkeiten des Ziellandes, Immigration aus Drittstaaten zu regulieren.

### **2.1.3 Dienste von Allgemeininteresse und weitere Vorschriften der DL-RL**

Hochwertige Dienste von Allgemeininteresse („Services of general interest“) sind ein Bestandteil des Europäischen Sozialmodells und des mit Delors eingegangenen Kompromisses bezüglich der sozialen Dimension des Binnenmarkts. Im vorgelegten RL-Vorschlag ist eine soziale Dimension nicht erkennbar. Die Kommission weigert sich beharrlich, einen RL-Vorschlag für Dienste von Allgemeininteresse vorzulegen, trotz wiederholter Anmahnung durch das Europäische Parlament und den EGB.

Da alle Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (wie es im EU-Jargon heißt: Services of general *economic* interest) von der Richtlinie betroffen sind, außer wenn sie kostenlos und direkt von öffentlichen Institutionen angeboten werden, ist eine Gefährdung der Dienste von Allgemeininteresse absehbar – allein schon wegen einer fehlenden Rahmenrichtlinie für diese Dienste. Auch ist ein erheblicher Privatisierungs- bzw Liberalisierungsdruck auf öffentliche Aufgaben zu erwarten.

Im Gegensatz zu vorherigen Richtlinien sind keine Vorkehrungen getroffen, um ein faires „Spielfeld“ („level playing field“) zu garantieren, und somit könnten Dienste von Allgemeininteresse von kommerziellen Diensten unter Druck gesetzt werden. Der Transportsektor, insbesondere Häfen, sind nicht explizit vom Geltungsbereich ausgeschlossen. Artikel 2.2 besagt, dass die Richtlinie nicht für Steuer-

---

116 Die Entsende-RL sieht vor, dass bestehende Mindestarbeitsbedingungen in den in der Entsende-RL genannten Bereichen – insbesondere Löhne, Arbeits- und Ruhezeiten, Urlaub, Gesundheit, Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz – auch auf entsandte Arbeitnehmer Anwendung finden, wobei diese Mindeststandards durch Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschriften oder allgemeinverbindlich erklärte Kollektivverträge festgelegt werden können. Die Entsende-RL greift also nur, wenn solche allgemeinverbindlichen Kollektivverträge existieren, was in vielen Sektoren bzw Mitgliedstaaten nicht der Fall ist.

117 Erwägungsgrund Nr 59 der DL-RL.

fragen gilt, aber sie sollte auch nicht arbeitsrechtliche Fragen und Umweltaspekte betreffen. Selbst wenn Steuerfragen nicht berührt werden sollen, könnte Druck auf die Steuersysteme entstehen.

Verstärkte Zusammenarbeit und gegenseitige Unterstützung nationaler Verwaltungen, also „Behördenkooperation“, lautet die Vorschrift von Artikel 37: Aus Kommissionssicht sind die Behörden aus dem Herkunftsland bestplatziert, um effektive und kontinuierliche Überwachung zu leisten.<sup>118</sup> Es sei notwendig, die Kontrolle sozusagen an der Quelle durchzuführen.<sup>119</sup> Diese neue Aufgabenteilung könnte sich als ebenso ineffizient wie unpraktikabel erweisen. Die Verpflichtung zu gegenseitiger Unterstützung mag an sich akzeptabel sein und in die richtige Richtung weisen, aber die vorgeschlagene Methode widerspricht dem Subsidiaritätsgrundsatz, demzufolge die Allokation einer Aufgabe, einer Überwachungsaufgabe nächstmöglich am Ort der Erbringung einer Dienstleistung erfolgen sollte. Der EGB ist daher äußerst besorgt über die praktische Anwendung des „Herkunftslandprinzips“, sofern es um die Wirksamkeit von Kontrollen und die Vorbeugung von Missbrauch geht, insbesondere im Bereich Arbeitsrecht.

Eine Reihe von weiteren Fragen soll zumindest punktuell angeschnitten werden:

- Die Kommission betrachtet **Diskrepanzen zwischen einzelnen Mitgliedstaaten** auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes als Vertrauensproblem: Vertrauen sei wichtig für die Akzeptanz des Herkunftslandprinzips und daher müsse eine gewisse Harmonisierung erfolgen. Dieses Argument müsste dann allerdings auch für Arbeitsschutzanforderungen gelten, denn aus Sicht der Arbeitnehmer ist es wichtig, gleichwertige Schutzniveaus zu haben.
- Bezogen auf **Verbraucherschutz** ist unklar, ob allein europäische Mindeststandards gelten oder auch etwaige höhere nationale Standards. Wenn das Herkunftslandprinzip in diesem Zusammenhang greift, würde es einen Wettlauf der Verbraucherstandards nach unten („race to the bottom“) einleiten und aus Mindeststandards Maximalstandards machen. Zwar verlangt Artikel 22, dass die Mitgliedsstaaten Sorge tragen, dass Informationen über Verbraucherschutz auch den Verbraucher erreichen, aber über die Einhaltung der Qualitätsstandards wird nichts gesagt.
- Die DL-RL soll auch für **Leiharbeit** gelten, aber die eigentliche Richtlinie über Leiharbeit („temporary agency work“) ist im Rat blockiert. In Artikel 4 dieser Richtlinie ist vorgesehen, dass nationale Vorschriften wie Genehmigungsverfahren, Überwachung etc nicht berührt werden. Daher sollte Leiharbeit von der DL-RL ausgenommen werden.
- Die DL-RL setzt auf **Verhaltenskodizes** („Code of conduct“), die jedoch Gemeinschaftsregulierungen nicht ersetzen können. Die Gefahr der Nichteinhaltung ist relativ groß.
- Die DL-RL kann gemeinschaftliche **Umweltstandards**, die als Mindeststandards konzipiert wurden, in Maximalstandards verwandeln und somit eine Negativspirale nach unten in Gang setzen. Die Kommission streitet jegliche Auswirkung auf Umweltvorschriften ab.<sup>120</sup>
- Die Kohärenz der DL-RL mit der Gesetzgebung zu **Rom I und Rom II** ist nicht gewährleistet.

## 2.2 Schlussfolgerungen aus der Analyse und Forderungen

Von dieser schwer überschaubaren Ausgangslage her, ist es sinnvoll, sich detailliert mit dieser Richtlinie auseinanderzusetzen. Dazu wurde im EGB eigens eine eigene „Ad hoc working group“ oder kurz „taskforce“ ins Leben gerufen. Die zuständige Beamtin der Europäischen Kommission, Frau Fröhlinger,

---

118 „best placed to ensure the effectiveness and continuity of supervision“ (SEC 2004(21) S 25, vgl Erwägungsgrund 38.

119 „at source“, ebenda S 35, Erwägung 38.

120 „likely to be negligible“: SEC S 37.

hatte um Gespräche ersucht und der EGB ist dieser Bitte nachgekommen (am 12. Mai und 23. Juni 2004), um die Auswirkungen der Richtlinie besser abschätzen zu können und in einen Diskussionsprozess zur Berücksichtigung der sozialen Dimension einzutreten. Die Diskussion verlief jedoch nicht zielführend, da die Kommissionsvertreterin einzig und allein „Missverständnisse“ nachzuweisen bemüht war.

Die Beseitigung von Hindernissen, die der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts für Dienstleistungen entgegenstehen, ist ein Ziel, das vom EGB – ebenso wie von den beiden Hauptberichterstatte-rinnen des Europäischen Parlaments – generell und prinzipiell unterstützt wird. Allerdings hätte der EGB es vorgezogen, dass die Kommission vor der Verabschiedung der Richtlinie eine Sichtung der Hindernisse durchführt (so genanntes „screening“) und nicht erst nachher. Die Kommission konstatiert, dass bei zahlreichen Diensten etliche Hindernisse eine grenzüberschreitende Aktivität unnötig erschweren oder sogar unmöglich machen. Beispiele zu finden ist nicht schwer. Insbesondere, wenn sich ein Dienstleistungsanbieter in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchte, besteht eine Reihe von Hindernissen, und die Kommission schlägt die Eliminierung sämtlicher Prozeduren vor (Artikel 14, 21 und 29), schüttet also das Kind mit dem Bade aus. Dieser Ansatz scheint disproportional, kurzfristig und unausgewogen – in Widerspruch zu dem bisherigen Ansatz, der von einer Mindestharmonisierung ausging und gegenseitige Anerkennung als darauf aufbauende, komplementäre Methode anwandte. Harmonisierung und Schaffung von Mindeststandards sollten nicht ein Nebeneffekt, sondern ein Pfeiler der Schaffung des Binnenmarkts sein und nicht als „last resort“ betrachtet werden,<sup>121</sup> sondern als Element eines „policy mix“ zur Schaffung eines europäischen Dienstleistungsmarktes. Insofern ist sicherlich nicht Vollharmonisierung das Ziel, aber eine ausgewogene Mischung von Harmonisierung und gegenseitiger Anerkennung.

Der EGB fordert grundsätzlich, dass Fortschritte im Binnenmarkt an Fortschritte im sozialen Schutz, bei Arbeitnehmerrechten und Arbeitsbedingungen gekoppelt sein müssen. Der DL-Richtlinienvorschlag hat erhebliche Auswirkungen auf das Arbeitsrecht sowie dessen Überwachung und Einhaltung. Es ist daher unverzichtbar, dass die Mitgliedstaaten über Instrumente verfügen, die die Einhaltung der sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie das Funktionieren des Arbeitsmarkts zu überwachen und eventuellem Missbrauch vorbeugen.

Aus diesem Grund kann der EGB die Richtlinie in der vorliegenden Form nicht unterstützen, denn sie würde massiv in bestehende Systeme industrieller Beziehungen eingreifen und existierende Kollektivvereinbarungen – auf sektoraler wie branchenübergreifender Ebene – in Frage stellen. Daher ist zu befürchten, dass die Richtlinie zu mehr sozialer „Deregulierung“ und zu verstärkter sozialer „Unsicherheit“ beitragen wird – und zwar unter dem Banner hypothetischer Arbeitsplatzgewinne.

Viele weitere Dispositionen der Dienstleistungsrichtlinie bedürfen der Klärung. Die Umsetzung der RL würde die Rechtssicherheit vermutlich nicht vermindern, sondern die Rechtskomplexität und -unsicherheit erhöhen. Der EGB fordert daher, den gesamten Gesundheitssektor von der Anwendung der RL auszunehmen, da sonst Deregulierung und Liberalisierung der Gesundheitsdienste ohne vorherige politische Entscheidung zu befürchten ist. Weiterhin sollten – dem EGB zufolge – soziale Dienste, Erziehungswesen, Kultur und audiovisuelle Dienste ausgeschlossen werden, aber auch die Wasserversorgung. Generell dürften Sozial-, Arbeitsrecht und Kollektivvereinbarungen nicht als Hindernisse betrachtet werden, die der Freizügigkeit entgegenstehen. Der EGB schlägt ebenfalls vor, dass die Bereiche Leiharbeit und Entsendung von Arbeitnehmern völlig aus dem Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags gestrichen werden.

---

121 SEC 2004(21), S 19.



### 2.3 Die Reaktion der Europäischen Institutionen: Europäisches Parlament

Das Europäische Parlament (EP) benannte im Februar 2004 Evelyne Gebhardt zur Berichterstatterin für den federführenden Rechts- und Binnenmarktausschuss sowie Anne van Lancker für den Beschäftigungsausschuss. Das Mitbestimmungsverfahren gilt zwischen beiden Ausschüssen.

Am 6. April 2004 organisierte der Beschäftigungsausschuss, am 7. April 2004 der Rechtsausschuss einen Meinungsaustausch („exchange of view“) mit den Sozialpartnern, also EGB und UNICE.

Nach den Wahlen zum Europäischen Parlament (10. bis 13. Juni 2004) kam es zu einer konservativ-liberalen Mehrheit im EP, die auch zu einem konservativen Präsidenten für die neue Europäische Kommission führte. Eine einfache Mehrheit liegt bei 364 Stimmen; die Konservativen haben 264 Abgeordnete, die Sozialdemokraten/Sozialisten 202, die Liberalen 88, die Grünen 42 und die Vereinigte Linke 41 (daneben gibt es noch 36 Unabhängige, 27 Nationalisten, 28 Fraktionslose).<sup>122</sup>

Der EGB wandte sein Augenmerk nun verstärkt dem EP zu, und am 8. November 2004 diskutierte die Task force des EGB mit der Berichterstatterin Anne van Lancker.

Am 11. November 2004 organisierten beide Ausschüsse gemeinsam eine Anhörung mit Experten und Vertretern der Sozialpartner: Cateleone Passchier dankte im Namen des EGB dem EP, dass es im Gegensatz zur Kommission die Sozialpartner konsultierte und brachte insbesondere die arbeitsrechtlichen Bedenken des EGB vor. Rechtsanwalt Berend Jan Drijber analysierte die Richtlinie und kam zu dem Ergebnis, dass sie keine Harmonisierung bewirkt: Die Mitgliedstaaten müssen ihre Regulierungen aufgeben, ohne dass im Gegenzug gemeinschaftliche Regulierungen eingeführt werden. Drijber führte aus: Bereits seit den 90er Jahren drängt die Generaldirektion Binnenmarkt zusammen mit einigen Industriegruppen auf Ausdehnung des Herkunftslandprinzips – mit der Behauptung, der Gerichtshof wende die „gegenseitige Anerkennung“ (mutual recognition principle) bereits seit 25 Jahren an. Diese Aussage sei irreführend, denn der Gerichtshof überprüft, ob sich bestimmte Regeln rechtfertigen lassen (ob sie nicht disproportional, diskriminierend sind etc). Die Verpflichtung zur Anerkennung ist also konditioniert, von klar definierten Bedingungen abhängig und kein Generalschlüssel zur Abschaffung des Zielland- oder genauer Arbeitsortsprinzips. Grundsätzlich liegt der gegenseitigen Anerkennung bereits ein Fundament von harmonisierten Gemeinschaftsregeln zugrunde, aber die Dienstleistungsrichtlinie schafft keine gemeinsamen Regeln. In Bezug auf den Warenbinnenmarkt hat die Kommission nie eine generelle Anwendung des Herkunftslandprinzips ohne Harmonisierung vorgeschlagen. Das Argument der Kommission, das Herkunftslandprinzip schaffe ein „level playing field“ ist nicht überzeugend, vielmehr wird genau dem Gegenteil, nämlich einem höheren Grad an Heterogenität Vorschub geleistet.

Verunsichert durch die quasi einhellige Kritik der Experten an der RL veranstaltete die EVP am 9. Dezember 2004 ihre eigene Anhörung, koordiniert vom britischen Konservativen Malcolm Harbour in seiner Funktion als EVP-Koordinator des Binnenmarktausschusses. Bei dieser Tagung wurden Beschäftigungs- und arbeitsrechtliche Fragen als Marginalia behandelt, und unter den Sprechern fand sich folgerichtig kein Gewerkschafter. In der Zwischenzeit hat die deutsche Gruppe der EVP einen „neuen Ansatz“ zur Dienstleistungs-RL verfasst, der immerhin eine Reihe von Änderungen der RL verlangt, wenn diese auch nicht weit genug gehen.

Im Januar 2005 legte Evelyne Gebhardt ihr Arbeitsdokument dem Ausschuss vor. Sie rekapituliert, dass während der vom EP organisierten Anhörung die Kommission von verschiedenen Seiten aufgefordert wurde, die RL zurückzuziehen. Sie selbst hält die Beseitigung von Binnenmarkthindernissen für wünschenswert, hat aber Zweifel an der Triftigkeit der Kommissionsvorlage. Sie kritisiert, dass der

---

<sup>122</sup> Nach den Wahlen wurde die Zuständigkeit für die DL-RL an den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz übertragen.

Anwendungsbereich unklar bleibt, dass die Abgrenzung gegenüber Diensten von Allgemeininteresse unzureichend ist und stellt das Herkunftslandprinzip in Frage, da es Anreize für eine Sitzverlagerung in Mitgliedstaaten mit niedrigen Schutzstandards schafft. Die RL dürfe keinesfalls zu einer Verminderung der Qualitätsstandards führen. Die Übertragung von Kontrollbefugnissen auf den Herkunftsmitgliedstaat stellt sie in Frage: Welches Interesse sollte ein Mitgliedstaat haben, seine Überwachung auf die ganze Union auszudehnen? Ausdrücklich hält sie den Weg des Ursprungslandprinzips nicht für gangbar. Die Kohärenz der europäischen Gesetzgebung (Rom I, II etc) müsse gewährleistet bleiben, und eine RL müsse den Zielen der Gleichstellung und Anti-Diskriminierung gerecht werden.

Anne van Lancker brachte in ihrem Arbeitsdokument Mitte Januar zum Ausdruck, dass das Herkunftslandprinzip nur auf der Grundlage eines hohen Grads an Harmonisierung angewandt werden könne. Sie legt den Schwerpunkt auf die Entsenderichtlinie, die in keiner Weise dem Herkunftslandprinzip unterworfen werden dürfe.

Am 15. und 16. Februar 2005 organisierte die Sozialdemokratische Fraktion im Europäischen Parlament (PSE group) Dienstleistungstage, zunächst eine Konferenz zur Dienstleistungsrichtlinie und dem „Gebhardt-Bericht“, sodann zu „Binnenmarkt und lokalen öffentlichen Diensten“. Rita Baeten vom „Europäischen Sozialobservatorium“ erläuterte die Auswirkungen der Richtlinie auf den Gesundheitssektor, Prof Paul Beaumont von der Universität Aberdeen das Verhältnis der Richtlinie zum Internationalen Privatrecht. Ein Mitglied des finnischen Parlaments, Kimmo Kiljunen, wies darauf hin, dass das Herkunftslandprinzip zu Diskriminierung führen kann. Er schlug vor, es fallen zu lassen, um die Situation zu vermeiden, dass ein Dienstleistungsanbieter zwischen zwei nationalen Gesetzgebungen frei entscheiden kann. Ausgangspunkt einer Richtlinie sollte die Gesetzgebung und Kontrolle des Zielmitgliedstaats am Arbeits- bzw Erbringungsort sein. Eine neu gefasste Richtlinie sollte sich darauf beschränken, Diskriminierungen abzuschaffen und allen Dienstleistungsanbietern Gleichbehandlung zu garantieren. Das Ziellands- bzw Arbeitsortsprinzip wäre die Regel, das Herkunftslandprinzip die Ausnahme. Jeder Mitgliedsstaat müsse in der Lage bleiben, Arbeitsbedingungen bei Dienstleistern zu überwachen. Unklarheiten, inwieweit das Herkunftslandprinzip auch auf Verbraucherschutz, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Arbeitsbedingungen angewandt wird, seien zu beseitigen. Jo Leinen, Vorsitzender des Ausschusses für Verfassungsfragen, kritisierte das Herkunftslandprinzip und plädierte für die Gemeinschaftsmethode, die Harmonisierung voranbringe. Sigrd Skarpelis-Sperk vom Deutschen Bundestag kritisierte, dass die Richtlinie selbst Verfassungsbestimmungen in Frage stellt. Für den EGB brachte Cateleone Passchier die Einwände vor. Ergänzt wurden sie von Dan Holke, dem Leiter des juristischen Dienstes des schwedischen Gewerkschaftsbunds LO. Nach der Veranstaltung traf Evelyne Gebhardt, die Berichterstatterin, Kommissar McCreevy, um ihm ihre Sicht darzulegen. Der Kommissar blieb bei seiner Haltung, nicht Stellung zu beziehen, sondern zuzuhören.

Die Sozialdemokraten/Sozialisten, aber auch die Vereinigte Linke und die Grünen im EP stehen dem Herkunftslandprinzip mehrheitlich kritisch gegenüber. Innerhalb der EVP sind verschiedene Positionen vernehmbar. So hat bei der Diskussion über die Richtlinie über unfaire Geschäftspraktiken das EP in zweiter Lesung die Herausnahme des Herkunftslandprinzips aus der Richtlinie beschlossen (am 24. Februar 2005). Während der Unternehmerdachverband UNICE sich für die Beibehaltung dieses Prinzips aussprach, brachte beispielsweise der konservative Abgeordnete Klaus-Heiner Lehne Änderungsanträge ein, dieses Prinzip zu streichen.

## **2.4 Die Reaktion der Mitgliedstaaten: Der Rat**

Es gehört zur normalen Vorgehensweise des Rats, dass die Rats-Arbeitsgruppe mehrere Durchgänge einer RL zur Vorbereitung einer Ratsposition vornimmt. Die Rats-Arbeitsgruppe Binnenmarkt-Dienstleistungen tagte mehr oder minder regelmäßig seit der Vorlage der RL (am 23. März, am 2., 23. und 30. April 2004 usw), um die Orientierungsaussprache im Rat Wettbewerbsfähigkeit am 17./18. Mai

2004 vorzubereiten, der eine prononciert positive Stellungnahme abgab. Ende November fand eine informelle Aussprache im Wettbewerbsrat statt, bei der auch kontroverse Ansichten zu Tage kamen. Im Januar 2005 legte die Präsidentschaft eine konsolidierte Fassung der Richtlinie vor mit zusätzlichen Erläuterungen und Klarstellungen, in der sie ua vorsieht, dass eine Liberalisierung der Dienste von Allgemeininteresse nicht in den Zuständigkeitsbereich dieser RL falle.

Die Präsidentschaft stellte mehrere Studien zur DL-RL vor, ua von „Copenhagen Economics“, einem jungen Consulting-Unternehmen, das häufig von der Kommission Aufträge erhält. Die „Philosophie“ dieser Studie „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“ basiert auf dem Grundsatz, dass Regulierung pauschal ein Handelshemmnis darstellt. Die niederländische Präsidentschaft hatte die Studie „The free movement of services within the EU“ von CPB (Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis) verbreitet: Auch diese Studie geht von dem äußerst fragwürdigen Grundsatz aus, dass Unterschiede in der Regulierung einzelner Länder bereits Hindernisse für den Handel darstellen. Heterogenität oder – mit anderen Worten – die Vielfalt des europäischen Sozialmodells wird unter der Hand zum Handelshemmnis umdefiniert; und wiederum werden Handel und Direktinvestitionen als Selbstzweck definiert. Die Studie berechnet dann den Einfluss einer hypothetischen Reduzierung der Heterogenität zwischen den Mitgliedstaaten. Das Niveau der Regulierung wird in diesem Ansatz ein Randpunkt. Die Plausibilität der Studie beruht auf höchst fragwürdigen Annahmen. Die Ergebnisse sind daher mehr als zweifelhaft.

Seitens des EGB fanden sowohl mit der irischen als auch der niederländischen und der luxemburgischen Ratspräsidentschaft regelmäßige informelle Treffen zum Informationsaustausch und zur Diskussion unterschiedlicher Standpunkte statt.

Der Luxemburgische Premierminister Jean-Claude Juncker trat am 1. Dezember 2004 vor dem Exekutivausschuss des EGB auf, um seine Sicht der Luxemburger Präsidentschaft darzulegen. Dabei ging er ausführlich und kritisch auf die DL-RL ein.

Im Rat stehen insbesondere Frankreich, Belgien sowie die skandinavischen Länder punktuell auf Seiten der Kritiker. In diesen Ländern finden ausgiebige öffentliche Debatten statt, aber mittlerweile auch in Deutschland. Insbesondere die niederländische Ratspräsidentschaft hat die Behandlung der RL vorangetrieben. Minister Bartenstein gehörte zu den vehementesten Verfechtern der RL. Während die vorangegangene irische Präsidentschaft das Dossier parallel in der Rats-AG Wettbewerb und der Rats-AG Soziales behandelte, sprach die niederländische Präsidentschaft der Wettbewerbs-Rats-AG die alleinige Befassungsbefugnis zu.

### **3. Kampagne gegen die „Bolkestein“-Richtlinie**

Im Kontext der Referenda zur Ratifizierung der Europäischen Verfassung spielt die „Bolkestein-Richtlinie“ mittlerweile die Rolle eines Schreckgespenstes, das von vielen Gegnern der Verfassung verwendet wird, um für eine Ablehnung Kampagne zu machen. Insbesondere Laurent Fabius, ehemaliger französischer Premierminister, begründet seine Ablehnung der Verfassung mit Gründen, die nichts mit der Verfassung zu tun haben: Bolkestein-Richtlinie, Jobverlagerung (délocalisations), Teuro, Türkei. Gerade in Frankreich, wo im Frühjahr ein Referendum stattfinden wird, dessen Ausgang höchst ungewiss ist, liefert diese Richtlinie den Gegnern Munition und kommt den Befürwortern mehr als ungelegen. So ist es nicht verwunderlich, dass die Befürworter der Europäischen Verfassung – sowohl die Sozialistische Partei Frankreichs als auch der französische Staatspräsident und die französische Regierung – für eine Ablehnung der Richtlinie in ihrer jetzigen Form plädieren. Die Sozialistische Partei verlangt von der Kommission, die Richtlinie zurückzuziehen.<sup>123</sup> (Die Verweise auf Deutschland und

---

123 Financial Times, 27 Januar 2005.

Frankreich sind angebracht, da diese beiden Mitgliedstaaten Schlüsselakteure der Auseinandersetzung sind.)

Die DL-RL steht aus mehreren Gründen im Zentrum der EGB-Strategie: Bereits eine erste Prüfung des vorliegenden Richtlinienentwurfs für Dienstleistungen ergab, dass ein Gleichgewicht zwischen Schaffung des ökonomischen Binnenmarkts und Voranbringen der sozialen Dimension nicht gegeben war. Der „Deal“ zwischen Delors und dem EGB<sup>124</sup> schien aufgekündigt, so der erste Eindruck, der auch aufgrund der Tatsache entstand, dass die Europäische Kommission den EGB nicht vor der Vorlage des Entwurfs konsultiert hatte, wie es laut EG-Vertrag Artikel 138 notwendig gewesen wäre.

Dieser erste Eindruck verband sich schnell mit den zahlreichen – nicht allein rechtlichen – Fragen, Problemen, Abgrenzungsschwierigkeiten, die der Entwurf aufwarf und die nicht allein in gewerkschaftlichen Kreisen schnell zu einer explosiven Mischung und zur Sammlung von Unterschriften gegen diesen Entwurf (siehe: [www.stopbolkestein.org](http://www.stopbolkestein.org)) sowie sogar zu mehreren Demonstrationen führten, ua am 5. Juni 2004 in Brüssel unter dem Motto „Non à la directive Bolkestein – Oui à l'Europe sociale“ oder am 25. November 2004 erneut in Brüssel im Vorfeld des Rats für Wettbewerbsfähigkeit, diesmal unter dem Banner „Bolkestein Directive = Frankenstein Directive“. Die belgischen Gewerkschaften verteilten bereits im Mai Flugblätter gegen die Richtlinie: „The Bolkestein Directive: No!“, weil sie darin eine ultraliberale Liberalisierungs- und Privatisierungsrichtlinie sahen, die gezielt den Untergang des Europäischen Sozialmodells betreibe. Der Sprecher von Kommissar Bolkestein attackierte daraufhin die belgischen Gewerkschaften (am 3. Juni im belgischen Rundfunk), indem er die Gewerkschaften als „Lügner“ und die Pamphlete als „torchon“ bezeichnete, also als Geschmiere, das er explizit mit dem rechtsextremen „Front National“ gleichsetzte.

Diese Attacke führte dazu, dass der EGB seine Gangart verschärfte und sich am 9./10. Juni erneut prononciert gegen die Richtlinie in ihrer aktuellen Form aussprach. Der Exekutivausschuss verurteilte die Angriffe des Kommissionsprechers und fordert die Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass die soziale Dimension gewahrt bleibt.

In Reaktion auf die zunehmende öffentliche Auseinandersetzung mit der DL-RL verstärkte die Kommission ihre Lobbyaktivitäten, die im seltsamen Kontrast zur Untätigkeit der Kommission bezüglich der Europäischen Verfassung stehen. Am 10. Juni stellte die Generaldirektion Binnenmarkt eine „Checkliste“ zur Klärung der Effekte der Richtlinie auf ihre Website. Parallel verfasste die Kommission eine Vielzahl von „notes“ an den Rat zwecks Klärung unklarer Aspekte des Richtlinienvorschlags.<sup>125</sup>

Eine breitere Debatte in der Öffentlichkeit wurde nicht zuletzt vom EGB initiiert, aber beispielsweise in Deutschland auch von der Gewerkschaft ver.di, die eine größere Tagung zum Thema in Berlin veranstaltete (10. Dezember 2004, zusammen mit dem Sozialverband Deutschland, der IG Metall, der IG Bauen-Agrar-Umwelt und Attac) oder in Schweden von den dortigen Gewerkschaften, so dass das Thema sogar im Wahlkampf im Vorfeld der Europawahlen eine Rolle spielte. Die Arbeiterkammer veranstaltete am 8. September 2004 eine Inforunde mit der Berichterstatterin des EP. Der EGB organisierte am 27. Oktober 2004 eine Intergroup-Veranstaltung im Europäischen Parlament zur Richtlinie.

Am 20. Januar 2005 fand ein Spitzentreffen zwischen dem EGB und dem Nachfolger von Bolkestein, Kommissar Charly McCreevy, statt, um die Position des EGB zu verdeutlichen. Am 21. Januar traf EGB Generalsekretär John Monks den französischen Staatspräsidenten Jacques Chirac zu einer Unterredung ua über die Dienstleistungsrichtlinie, die nicht zu Sozialdumping oder ungerechtem, unfairer Wettbewerb führen dürfe.<sup>126</sup>

---

124 Vgl Kowalsky 1999, 127: Auftritt von Delors vor dem TUC 1988 und vor dem EGB, Versprechen einer „sozialen Dimension“ vor dem EP etc.

125 ZB am 25. Juni über den abgedeckten Bereich, ebenfalls am 25. Juni über das Verhältnis zu Rom I und Rom II, am 5. Juli über das Verhältnis zur Entsenderichtlinie etc.

126 Siehe [www.etuc.org](http://www.etuc.org): Erklärung Monks – Chirac Meeting Paris 21.01.2005.

Am 27. Januar 2005 präsentierte EGB-Generalsekretär John Monks dem Luxemburger Premierminister und Ratspräsident Jean-Claude Juncker das EGB-Memorandum für die luxemburgische Präsidentschaft. Einer der zehn sozialen Tests betrifft die Dienstleistungsrichtlinie.<sup>127</sup> Juncker äußerte sich erneut kritisch zur Richtlinie und stimmte zu, dass sie nicht zu Sozialdumping führen und den Ratifizierungsprozess der Verfassung in Mitleidenschaft ziehen dürfte. Grundsätzlich sei eine Dienstleistungsrichtlinie aber wichtig.

Eine neue, weniger konfrontativ angelegte Sichtweise der Kommission bereitete sich vor, als deren Präsident Barroso anlässlich der Präsentation der neuen Lissabon-Strategie vor dem EP erstmals die Bereitschaft der Kommission ankündigte, das umstrittene Regelwerk zu ändern: Die Anwendung des Herkunftslandprinzips und der Einschluss gewisser Sektoren müsste geprüft werden.<sup>128</sup> Premierminister Raffarin hatte zuvor im französischen Parlament erklärt, die Pläne der Kommission seien „nicht akzeptabel“. Bundeskanzler Schröder verlautbarte, dass die Pläne „so nicht umgesetzt“ werden. Diese Kehrtwende des Bundeskanzlers bringt Wirtschaftsminister Clement, der sich wiederholt demonstrativ hinter das Vorhaben gestellt hatte, in die Defensive. Die Positionen von Chirac und Schröder waren offensichtlich aufeinander abgestimmt.

Die Aussagen von Barroso am 2. Februar 2005 waren allerdings missverständlich. So wurde am folgenden Tag kolportiert, die Kommission ziehe den Richtlinienvorschlag zurück und selbst Mitglieder der Rats-AG waren unsicher, ob sie ihre Arbeit fortsetzen sollen. Barroso hatte im französischen Fernsehen FR 3 erklärt: „So, wie sie war, hätte sie keinen Erfolg ... Daher hat die Kommission einstimmig akzeptiert, Änderungen vorzunehmen.“<sup>129</sup> Der EGB nahm diese Ankündigung erfreut zur Kenntnis. Doch folgte unverzüglich ein formelles Dementi der Kommission, die präzisierte, dass die Änderung lediglich darin bestehe, dass die Kommission sich nunmehr konstruktiv gegenüber dem EP verhalten werde. Am 15. Februar 2005 erläuterte Schröder Barroso seine Bedenken gegen die Richtlinie. Barroso verwehrte sich am 21. Februar vor dem EP gegen „Mythen“: „Unsere Vorschläge ... untergraben die in der Entsenderichtlinie niedergelegten Regeln nicht. ... Wir werden ein Instrument ausarbeiten, das das verborgene Potenzial des Binnenmarkts hebt ohne legitime Ziele des öffentlichen Interesses zu gefährden.“ Günter Verheugen hingegen sagte dem schwedischen Fernsehen, dass die RL in der vorliegenden Fassung keine Chance habe und es weitgehende Änderungen geben werde.<sup>130</sup> Im deutschen Radio stellte er sich grundsätzlich hinter die RL.<sup>131</sup>

Entwarnung kann nicht gegeben werden, solange es nur darum geht, für bestimmte Sektoren Ausnahmen vom „Herkunftslandprinzip“ zu schaffen. Das Kommunikationsdesaster hat mittlerweile das Image der Kommission verdüstert, so dass „Die Zeit“ diagnostiziert, dass der Kommissionschef zusammenschrumpft zu „einer Art Generalsekretär fürs laufende Geschäft“, nicht zuletzt weil er sich aus „persönlicher Eitelkeit“ keine stabile Mehrheit im EP sucht, sondern abwinkt und es allen recht machen will. Vor einem Forum aus Gewerkschaftern klingt der „Zauderer“ sozial,<sup>132</sup> im Interview mit der „Financial Times“ ultraliberal:<sup>133</sup> „Nicht nur er ist schwach, sondern die ganze EU-Kommission.“<sup>134</sup> Am 3. März titelte die „Financial Times“ erneut: „EU revises services directive“ und wiederum dementierte die

---

127 Siehe: [www.etuc.org](http://www.etuc.org) Trade Union Memorandum.

128 Les Échos 3. Februar; Handelsblatt und Süddeutsche Zeitung vom 4. Februar 2005.

129 „Comme elle était, elle n'aurait pas eu de succès.... C'est la raison pour laquelle la Commission a accepté aujourd'hui à l'unanimité d'y apporter quelques modifications.“

130 Financial Times, 25. Februar 2005.

131 Interview mit Günter Verheugen über die Dienstleistungsrichtlinie, Deutschlandradio, 20. Februar 2005.

132 ETUC Conference, Speech/05/152, 1. März 2005.

133 („Europe's essentials“, FT, 2. Februar 2005)

134 Joachim Fritz-Vannahme, Was bewegt José M. Barroso?, Die Zeit vom 24. Februar 2005, S 36; in dieselbe Richtung geht die Financial Times: „Barroso's standpoint remains elusive 100 days on“, 2. März 2005, S 2, die kühl konstatiert „the almost total lack of new legislation or regulation – a concession to business in itself“ – in der britischen Ausgabe fehlt dieser Artikel.

Kommission am selben Tag in einer Pressekonferenz mit McCreevy, dass sie die RL zurückziehe oder Änderungen während der ersten Lesung des EP einbringe.

Die Frage von Sozialdumping im Zusammenhang mit der DL-RL erweiterte der belgische Premierminister Guy Verhofstadt auf die Frage eines möglichen Steuerdumpings, das er innerhalb und außerhalb der EU für nicht zulässig hält und daher eine Bandbreite von Steuern vorschlägt mit „Maxima“, die die Wirtschaftskraft unterminieren würden, und „Minima“, die Nachhaltigkeit und sozialen Schutz garantieren würden<sup>135</sup>. Der Vorsitzende des Wirtschaftsausschusses der französischen Nationalversammlung, Patrick Ollier, lehnt die RL ebenfalls ab wegen der Gefahr eines „Steuerdumpings“.<sup>136</sup>

Rechtsverbindliche Mindestentgelte wären eine Möglichkeit, um einem Unterbietungswettbewerb Grenzen zu setzen, damit die Löhne und Gehälter nicht bodenlos abrutschen können.<sup>137</sup>

Der Wirtschafts- und Sozialausschuss nahm in seinem Februarplenium mit überwältigender Mehrheit von 145 gegen 69 Stimmen bei 2 Enthaltungen einen kritischen Bericht von Metzler an.<sup>138</sup>

#### 4. Bilanz und Ausblick

Der EGB spricht sich grundsätzlich für die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts für Dienstleistungen in der Europäischen Union aus, aber nicht um jeden Preis. Wie schon zu Zeiten von Kommissionspräsident Jacques Delors, der mit dem Weißbuch für 1992 ein ehrgeiziges Programm zur Schaffung des Binnenmarkts lancierte, sind die Gewerkschaften für einen europäischen Binnenmarkt, vorausgesetzt dieser Binnenmarkt weist eine konturenscharfe soziale Dimension aus. Dieser historische Kompromiss zwischen Delors und dem EGB artikuliert sich um die Zusicherung, eine Palette von Arbeitsschutzbestimmungen auf den Weg zu bringen, einen sozialen Dialog einzurichten und ein ehrgeiziges Programm der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie ein sozialpolitisches Programm auf den Weg zu bringen, einhergehend mit einer Stärkung der sozialen Grundrechte.<sup>139</sup> Ob dieser Deal Bestand haben wird, entscheidet mit über die grundlegende Orientierung der europäischen Gewerkschaften gegenüber der europäischen Integration. Ein Paradigmenwechsel zeichnet sich ab, wenn die DL-RL ohne fundamentale Änderungen angenommen würde, denn das Herkunftslandprinzip stellt einen Bruch gegenüber den bisherigen Integrationsinstrumenten dar.

Die Auseinandersetzung um die RL wird von grundsätzlichen Gegnern des Binnenmarkts, aber auch von Protektionisten genutzt, um ein wichtiges Projekt vollständig zu Fall zu bringen. Die Frage, ob die RL ein gigantisches „Deregulierungsprojekt“ darstellt oder nicht, geht an der Sache vorbei, denn die Verwirklichung des Binnenmarkts kann zugegebenermaßen nur über die Beseitigung anachronistischer nationaler Regulierungen erfolgen, die aus der Perspektive der Gemeinschaftsmethode durch gemeinsame, europäische Regulierungen ersetzt werden müssen. Es ist nicht zu bestreiten, dass zahlreiche Anforderungen von nationaler Seite noch weiter bestehen, die aus der Perspektive eines Binnenmarkts unzulässig sind. Die eigentliche Frage ist, ob jegliche Regulierung überflüssig ist bzw ob eine genaue Sichtung zu erfolgen hat, um die legitimen Regeln von Binnenmarkthindernissen („Schiikanen“) zu trennen: „Anstatt den bürokratischen Wildwuchs in Europa einheitlich zu stützen, setzt die

---

135 („Fünfkampf“ für Europa. Eine inngemeinschaftliche Wachstumsstrategie für die europäische Wirtschaft“, 17. Februar 2005; cf [http://www.euractiv.com/Article?\\_lang=EN&tcaturi=29-136163-16&type=News](http://www.euractiv.com/Article?_lang=EN&tcaturi=29-136163-16&type=News); „tax dumping“, Agence Europe, 24. Februar 2005, S 2f.

136 Le Figaro, 1. März 2005.

137 Vgl Berthold Huber, Zweiter Vorsitzender der IG Metall, in: „einblick“ 4/05 vom 28. Februar 2005, S 7.

138 Siehe auch isw Linz: [http://www.isw-linz.at/25\\_EU\\_DL\\_Richtlinie.html](http://www.isw-linz.at/25_EU_DL_Richtlinie.html).

139 Vgl auch „Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer“, Kowalsky 1999, 132ff ua

Kommission einen unregulierten Unterbietungswettbewerb in Gang, klagt Verbraucherschutzministerin Renate Künast“.<sup>140</sup>

Der Streit dreht sich nicht zuletzt um die Methode: Die Befürworter der RL in ihrer jetzigen Form zielen auf eine Regulation durch den Markt ab, die Binnenmarktgegner auf eine Verteidigung des Status quo und warnen vor der Errichtung einer „Sonderwirtschaftszone“, die meisten Kritiker beabsichtigen, die Marktregulation durch eine politische Regulation einzurahmen, wie es auch im Delors'schen Projekt vorgesehen war. Eine Regulation über Marktmechanismen setzt verschiedene nationale Rechtssysteme in Konkurrenz zueinander – statt es durch ein einheitliches gemeinschaftliches System zu ersetzen oder zumindest gemeinschaftliche Mindeststandards zu schaffen.

Es ist sicherlich zu früh, Schlussfolgerungen irgendwelcher Art zu ziehen, da der Prozess der legislativen Arbeit erst am Anfang steht.

Der weitere vorläufige Zeitplan sieht vor, dass das Europäische Parlament seine erste Lesung im ersten Halbjahr 2005 unter luxemburgischer Präsidentschaft abschließt oder im Spätsommer unter britischer Präsidentschaft, dass der Rat daraufhin im Herbst in seine erste Lesung eintritt, die er unter Umständen erst unter der österreichischen Präsidentschaft beenden kann, nach erfolgter Einigung das Paket zurück an das EP zur zweiten Lesung sendet, die wiederum von einer zweiten Lesung des Rats gefolgt wird. Wenn sich die beiden europäischen Gesetzgeber nicht einigen, kommt es zu einem Vermittlungsverfahren.

Aus Kommissionssicht sollte die Richtlinie bereits 2005 verabschiedet und das „Screening“ nationaler Regulierungen, die den freien Verkehr von Dienstleistungen behindern, eingeleitet werden. Im Jahre 2006 behält sich die Kommission vor, Vorschläge für zusätzliche Harmonisierungsschritte vorzulegen. 2007 ist als Zeitpunkt für die volle Umsetzung der Richtlinie angepeilt, und Ende 2008 für die Einrichtung einheitlicher Kontaktstellen. Ende 2009 sollen dann die vorübergehenden Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip enden. Ob sich Plan und Zeitplan der Kommission einhalten lassen, ist mehr als zweifelhaft.

Die Auseinandersetzung um die Richtlinie ist ungewöhnlich heftig, da sie deutlich mit einer gewissen Konzeption der europäischen Integration verknüpft ist. Dahinter verbirgt sich eine Auseinandersetzung zwischen einer Konzeption des Binnenmarkts als Instrument zur Erreichung der Vertrags- bzw Verfassungsziele wie Vollbeschäftigung, soziale Marktwirtschaft, hoher Sozialschutz und einer Konzeption vom Binnenmarkt als Selbstzweck, mit anderen Worten zwischen einem Binnenmarkt mit sozialer Dimension und einer gehobenen Freihandelszone. Der Ausgang ist unentschieden, aber selten war eine Auseinandersetzung um einen Gesetzesentwurf so deutlich mit dem Kampf um die Ausgestaltung des europäischen Sozialmodells verknüpft.

Dieser Beitrag kann nur einen Zwischenstand wiedergeben, da die Debatte erst anläuft. Die nächste Etappe wird die Vorlage der Berichte im EP sein. Schlusspunkt dieses Beitrags ist der Start der Diskussion im EP einerseits, andererseits die Kampagne des EGB, die mit der Veröffentlichung einer Broschüre („ETUC demands major changes to the draft directive on services in the internal market“) zu den EGB-Forderungen (Ende Januar 2005) und dem Aufruf sowie der Mobilisierung zu einer Demonstration anlässlich des Beschäftigungsgipfels in Brüssel am 19. März 2005 unter dem Motto „More and better jobs – Defend Social Europe – Stop Bolkestein“ einen vorläufigen Höhepunkt fand.

---

140 Der Spiegel, 8/2005, S 84.

# 3. AKTUELLES AUS DEM WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHT

## 3.1. Europäische Union

### 3.1.1. Kommissionsvorschlag zu Designschutz und Reparaturklausel<sup>141</sup>

Sonja Auer-Parzer

Die äußere Formgebung (Design) von gewerblichen Erzeugnissen kann als „Geschmacksmuster“ geschützt werden. Die gemeinschaftlichen Regelungen zum Geschmacksmuster basieren auf zwei Rechtsakten. Einerseits sieht die Verordnung (EG) Nr 6 /2002 des Rats vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster ein System vor, mit dem auf Grund einer einzigen Anmeldung der Schutz eines Musters für alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union geschaffen werden kann. Andererseits legt für den Bereich der nationalen Musterschutzregelungen die Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen 98/71/EG vom 13. Oktober 1998 (Musterschutzrichtlinie) einheitliche Grundsätze für den Musterschutz/Designschutz, die zu einer Harmonisierung des Binnenmarkts beitragen sollen, fest. Unterschiedliche Bedingungen und Reichweiten eines Designschutzes hätten zur Folge, dass Gegenstände, die in einem Mitgliedstaat frei produziert werden dürfen, in einem anderem nicht vertrieben werden können.

Trotz dieser Harmonisierungsrichtlinie wurde jedoch die rechtliche Angleichung in einem wichtigen Marktsegment – dem Kfz-Ersatzteilemarkt – ausgeklammert. Bisher konnte nämlich in der Frage, ob sich der Musterschutz/Designschutz auch auf sichtbare must-match-Ersatzteile (zB Scheinwerfer, Kotflügel) zu Reparaturzwecken beziehen soll, keine Einigung erzielt werden. Die Musterschutzrichtlinie sieht derzeit für diese Frage nur eine Übergangsbestimmung vor.

Die Europäische Kommission hat nun im Herbst 2004 einen Vorschlag für eine Regelung vorgelegt, die für must-match-Ersatzteile zu Reparaturzwecken einen Schutzausschluss regelt: für Muster, die Bauelemente eines komplexen Erzeugnisses darstellen, soll kein Geschmacksmusterschutz bestehen, wenn sie mit dem Ziel verwendet werden, die Reparatur des Erzeugnisses zu ermöglichen, um sein ursprüngliches Erscheinungsbild wiederherzustellen („Reparaturklausel“). Mit dieser Regelung beabsichtigt die Europäische Kommission, einen Vorstoß für mehr Wettbewerb zu setzen.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist Folgendes festzuhalten: Das Musterschutzrecht ist ein gewerbliches Schutzrecht, das dem Rechteinhaber eine Ausschließlichkeitsstellung für 25 Jahre gewährt. Die Rahmenbedingungen sind aus wirtschaftspolitischer Sicht jedoch so zu gestalten, dass es nicht zur Abschottung einzelner Märkte kommt. Evident wird diese Gefahr auf dem Markt für Kraftfahrzeuge und bezüglich der Frage, ob der Nachbau von sichtbaren Kfz-Ersatzteilen zu Reparaturzwecken innerhalb der Europäischen Union nicht nur dem Autohersteller (Musterrechtsinhaber), sondern auch anderen Marktteilnehmern offen steht, oder ob der Fahrzeughersteller sein Monopol an der Gesamtkarosserie gegenüber den freien Ersatzteilherstellern und -händlern uneingeschränkt geltend machen kann.

---

<sup>141</sup> Kommissionsvorschlag zur Änderung der Richtlinie 98/71/EG über den Schutz von Mustern und Modellen KOM(2004)582 endgültig vom 14.09.2004; Arbeitsdokument der Kommission SEK(2004) 1097



Komplexe Erzeugnisse, wie zB Autos, bestehen aus verschiedenen Elementen mit jeweils eigener Formgebung, die dann zu einem Produkt zusammengesetzt und am Markt angeboten werden. Ein Auto kann während seines Lebenszyklus beschädigt werden, Teile sind zu ersetzen und zu reparieren. Um von den Konsumenten akzeptiert zu werden, müssen Ersatzteile jedoch genauso aussehen wie das Original. („must-match-Teile“). Die wichtigsten betroffenen Ersatzteile sind Karosserieteile, Glas und Beleuchtung.

Der Ersatzteilmarkt wird von drei Gruppen von Ersatzteilherstellern beliefert: Fahrzeugherstellern, Originalersatzteilherstellern und unabhängigen Ersatzteilproduzenten. Fahrzeughersteller stellen ca 20% (EU-15) ihrer Kfz-Teile selbst her, 80% davon produzieren Zulieferer. Originalersatzteilhersteller sind Vertragslieferanten an Fahrzeughersteller, liefern aber auch Ersatzteile an unabhängige Großhändler. Unabhängige Ersatzteilhersteller bedienen dagegen gewöhnlich den Ersatzteilmarkt. Ihr Markteintritt ist dabei schwieriger, da es sich um must-match-Teile handelt und sie gezwungen sind, die Teile im Wege des Reverse Engineering zu entwickeln. Der Funktionswert ihrer Erzeugnisse hängt hauptsächlich von Know-how und Technik ab, wobei dieselbe Qualität wie beim Fahrzeughersteller verlangt wird.

Wird im Rahmen des Musterschutzes der Nachbau von sichtbaren Ersatzteilen zu Reparaturzwecken verboten, besteht die Gefahr einer Monopolisierung des Ersatzteilmarktes. Fahrzeughersteller könnten in diesem Fall im Rahmen des Musterschutzes die Vermarktung der Ersatzteile gemeinschaftsweit untersagen.

## **Status quo und Vorschlag der Kommission**

Hinsichtlich des Schutzes von „must-match-Ersatzteilen“ zu Reparaturzwecken konnte man sich nur auf eine Übergangsbestimmung einigen. In der so genannten „Freeze Plus-Lösung“ des Art 14 der Richtlinie 98/71/EWG können von den Mitgliedstaaten die bestehenden nationalen Vorschriften beibehalten werden, solange sie die Benutzung von Bauelementen zu Reparaturzwecken regeln. Änderungen sind ausschließlich zugunsten einer Liberalisierung des Ersatzteilmarkts vorzunehmen.

Die Europäische Kommission hat jedoch drei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist einen Bericht über die Auswirkungen auf die betroffenen Industriesektoren, insbesondere auf die Hersteller von komplexen Erzeugnissen und Bauelementen, auf Verbraucher, auf den Wettbewerb und das Funktionieren des Binnenmarkts zu erstellen. Bis spätestens 28.10.2005 muss die Kommission dann einen Änderungsvorschlag vorlegen.

Derzeit sehen die Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Litauen, Malta, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik und Zypern einen Musterschutz für Ersatzteile vor. Neun Mitgliedstaaten haben den Ersatzteilmarkt liberalisiert (darunter auch Großbritannien und Italien). In Griechenland findet sich eine Reparaturklausel, die eine Schutzdauer von 5 Jahren mit einer angemessenen und fairen Vergütung verbindet.

In Österreich hat sich der Gesetzgeber bei Umsetzung der Musterschutzrichtlinie durch die Musterschutznovelle 2003 bezüglich der Übergangsbestimmung gegen die Einführung einer Ausnahmeregelung ausgesprochen, mit der Begründung, man wolle die Entwicklung auf EU-Ebene abwarten.

Die Schutzspanne für must-match-Ersatzteile zu Reparaturzwecken ist innerhalb der Gemeinschaft also sehr unterschiedlich. In dieser uneinheitlichen Rechtslage sieht die Europäische Kommission eine unerwünschte Zersplitterung des Binnenmarkts und Verzerrung des Wettbewerbs und stellt fest, dass Geschmacksmusterschutz auf dem Anschlussmarkt für Ersatzteile zu Reparaturzwecken mangels praktischer Alternative zu einem Produktmonopol des Musterrechtsinhabers führen würde.

Eine von der Kommission initiierte Konsultation, die auf eine freiwillige Vereinbarung zwischen den Betroffenen abzielte, kam nicht zustande. Die Kommission legte daraufhin am 14.09.2004 einen Änderungsvorschlag mit einer Ausnahmebestimmung vor. Eine entsprechende Ausnahmeregelung findet sich überdies auch in der Geschmacksmusterverordnung.

Die Kommission unterscheidet zwischen Primärmarkt (Neuwagen) und Anschlussmarkt (Ersatzteile). Durch die von der Kommission vorgeschlagene Öffnung des Anschlussmarkts für Ersatzteile in allen Mitgliedstaaten in Form einer Reparaturklausel würde der Zugang zu diesem Markt und die Teilnahme verbessert, der Wettbewerb dadurch gestärkt, und die Verbraucher würden damit von einem größeren Angebot und niedrigeren Preisen profitieren können. Eine Öffnung des Ersatzteilmarkts im Sinne eines besser funktionierenden Binnenmarkts würde für mehr Wettbewerb sorgen, damit auch niedrigere Preise für die Konsumenten bringen und neue Chancen für die unabhängigen Produzenten und damit auch die Schaffung neuer Arbeitsplätze in Aussicht stellen.

Die vorgeschlagene Regelung soll die derzeitige Übergangsbestimmung des Art 14 ersetzen und schließt Geschmacksmusterschutz für ein Muster aus, das als Bauelement eines komplexen Erzeugnisses im Sinne des Art 12 Abs 1 mit dem Ziel verwendet wird, die Reparatur dieses komplexen Erzeugnisses zu ermöglichen, um wieder sein ursprüngliches Erscheinungsbild herzustellen“. Daneben haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Verbraucher über den Ursprung von Ersatzteilen ordnungsgemäß unterrichtet werden, und sie der Verwendung eines jeglichen spezifischen Ersatzteils zustimmen.

Dem Vorschlag einer Reparaturklausel ging eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie<sup>142</sup> beim European Policy Evaluation Consortium über die möglichen Liberalisierungsszenarien für den Ersatzteilmarkt voraus. Als Optionen wurden dabei untersucht: Beibehaltung des Status quo, kein Geschmacksmusterschutz für Ersatzteile, Geschmacksmusterschutz mit kurzer Laufzeit, Vergütungssystem und verkürzter Geschmacksmusterschutz plus Vergütungssystem. Die Einführung eines Vergütungssystems wird von der Kommission als zu schwerfällig angesehen, ein verkürzter Schutz würde aufgrund der begrenzten Lebensdauer von Fahrzeugen für die unabhängigen Hersteller die Anreize für den Markteintritt beseitigen.

Die von der Kommission vorgeschlagene Ausnahmeregelung soll sich nur auf den Nachbau von Ersatzteilen beziehen, mit denen die Erscheinungsform von komplexen Erzeugnissen wiederhergestellt werden soll. Der Autohersteller soll weiterhin Schutz für sein Neufahrzeug bzw einzelne sichtbare Kfz-Bauteile genießen. Der Markt für „neue Produkte“ (Primärmarkt) soll nach dem Kommissionsvorschlag vom Änderungsvorschlag nicht betroffen sein, dh ein Scheinwerfer darf nicht nachgebaut werden, um ihn in ein neues Fahrzeug einzubauen.

Die Kommission sieht Geschmacksmusterschutz am Primärmarkt für ausreichend an, um Investitionen zu ermöglichen. So erhält der Autohersteller bereits für die Kosten des Designs eine entsprechende Vergütung, die im Verkaufspreis des Autos beinhaltet ist.

## **Die Position der Arbeiterkammer**

Die Arbeiterkammer steht dem Vorschlag der EU-Kommission positiv gegenüber. Der Autohersteller genießt weiterhin Designschutz für sein Neufahrzeug bzw für dessen einzelne sichtbare Kfz-Bauteile. Eine Ausweitung des Designschutzes auch auf den Nachbau von sichtbaren Ersatzteilen für Reparaturzwecke würde jedoch zu einer Abschottung des Ersatzteilmarkts im Kfz-Bereich führen und folgende negative Auswirkungen nach sich ziehen:

---

<sup>142</sup> Studie der EPEC vom 18.11.2003 „Impact assessment of possible options to liberalize the aftermarket in spare parts“.

- Für sichtbare Ersatzteile (zB Kotflügel, Stoßstange, Windschutzscheibe, Scheinwerfer, Motorhaube etc) würde für die KonsumentInnen überwiegend die Auswahlmöglichkeit zwischen Nachbauersatzteilen und Originalersatzteilen des Autoherstellers, die in der Regel bereits derzeit ein Vielfaches teurer sind als qualitativ vergleichbare Nachbauersatzteile, wegfallen. Bereits heute wendet ein Autofahrer im Durchschnitt 400 Euro pro Jahr (bezogen auf die 15 EU-Mitgliedstaaten) für Ersatzteile auf.
- Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit der Branchen, die den Musterrechtsinhabern (Autoherstellern) nachgelagert sind – von den Ersatzteilproduzenten über die Werkstätten bis zu den Händlern – würde weiter zunehmen. So muss zB in Österreich (wo es einen Designschutz für Ersatzteile zu Reparaturzwecken gibt) der freie Kfz-Ersatzteilhandel seine Ersatzteile primär von Herstellern aus anderen EU-Ländern, in denen (noch) kein derartiger Designschutz existiert, beziehen. Die Möglichkeit der Ersatzteilhersteller, Originalersatzteile nicht nur an den Autohersteller, sondern direkt auch an Ersatzteihändler oder Werkstätten zu liefern – wie dies insbesondere die neue Kfz-GVO 1400/2002 vorsieht (Nutzer haben die Wahl zwischen konkurrierenden Ersatzteilen) – wird bei einem EU-weiten Designschutz für Ersatzteile wohl wesentlich vom Willen der Autohersteller abhängen. Eine derartige Abschottung des Kfz-Ersatzteilmarkts könnte sich mittelfristig auch negativ auf die Innovationskraft und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Ersatzteilindustrie auswirken.
- Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Abschottung des Ersatzteilmarkts zu höheren Reparaturkosten führen könnte. Dies könnte sich wiederum in höheren Kfz-Versicherungskosten niederschlagen.
- Auch könnten die KonsumentInnen ihr aufgrund der Kfz-GVO 1400/2002<sup>143</sup> eingeräumtes Recht, frei zu wählen, ob sie bei Reparaturen ihrer Autos Originalersatzteile oder Nachbauersatzteile bzw Identersatzteile verwendet haben möchten, nicht ausnützen.

Der Änderungsvorschlag wurde im Dezember von der Europäischen Kommission in der Ratsarbeitsgruppe „Geistiges Eigentum“ (Muster) vorgestellt und wird gegenwärtig in den Gruppensitzungen erwartungsgemäß sehr kontrovers diskutiert. Kritiker führen ua an, dass sich die Kommission in ihren Erläuterungen zum Vorschlag in ihrer Folgenabschätzung auf die EPEC Studie berufe, aber davon teilweise abweiche. Die Studie behandle nur den Markt der EU-15, so dass auch ergänzende Untersuchungen über die Auswirkungen gefordert werden.

Nach Einschätzung der Arbeiterkammer könnte eine Öffnung des Markts für den Nachbau von Ersatzteilen zu Reparaturzwecken im Kfz-Bereich insgesamt zu positiven gesamtwirtschaftlichen Effekten führen. Diese könnten auch den Arbeitsmarkt betreffen. So könnten die klein- und mittelständischen österreichischen Zulieferbetriebe ihre Abhängigkeit gegenüber den dominanten Autoproduzenten reduzieren. Bei einer Öffnung der Ersatzteileproduktion zu Reparaturzwecken hätten sie mit ihrem spezifischen Know-how die Möglichkeit, neben Originalersatzteilen auch Nachbauersatzteile für den freien Markt zu produzieren und sich so ein zweites wirtschaftliches Standbein aufzubauen. Auch die nachgelagerten Stufen (Ersatzteilhandel und Werkstätten) hätten durch eine größere Auswahl zwischen Original- und Nachbauersatzteilen einen verbesserten wirtschaftlichen Gestaltungsspielraum. Eine detaillierte Untersuchung der Auswirkungen einer derartigen Öffnung auf den Arbeitsmarkt ist grundsätzlich von Interesse.

---

143 Die Verordnung (EG) Nr 1400/2002 über die Anwendung von Art 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor gewährleistet einen Wettbewerb auf dem Ersatzteilmarkt und Wartungsmarkt.

### 3.1.2. Honorarordnung der belgischen Architektenkammer

Ulrike Ginner

#### **Die Entscheidung der EU-Kommission<sup>144</sup>**

Die EU-Kommission hat die Honorarordnung der belgischen Architektenkammer als eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts aufgrund der darin angeführten Mindestsätze beurteilt. Gegen die Architektenkammer wurde eine Geldstrafe in Höhe von € 100.000,- verhängt.

Die EU-Kommission hat mit dieser Entscheidung ihren Weg fortgesetzt, auch die Regelungen der Freien Berufe in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zu überprüfen.<sup>145</sup>

#### **Die belgische Architektenkammer**

Die Kammer wurde durch das belgische Gesetz vom 26. Juni 1963 geschaffen, besitzt Rechtspersönlichkeit und umfasst alle Personen, die in einem der Verzeichnisse dieser Kammer oder in einer Praktikantenliste eingetragen sind. Um in Belgien den Architektenberuf ausüben zu können, muss man in diese Verzeichnisse eingetragen sein. Die Kammer zählt über 11.000 Mitglieder, wovon 91,5% selbstständig tätig sind. 96,6% der Kammermitglieder sind belgische Staatsbürger, 3,1% sind Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten. Letztere müssen sich entweder vor Tätigkeitsantritt in die oa Verzeichnisse eintragen oder sich gemäß RL 85/384/EG des Rats vom 10. Juni 1985 registrieren lassen, wenn sie im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in Belgien tätig sein wollen.

#### **Die Berufs- und Honorarordnung**

Der nationale Rat als Vertretungsorgan der belgischen Architektenkammer hat im Jahr 1967 eine Berufsordnung erlassen. 1983 wurde eine neue Berufsordnung verabschiedet, die im Folgenden als „Berufsordnung 1985“ bezeichnet wird. Beide Rechtsakte wurden durch königlichen Erlass genehmigt. In Art 12 der Berufsordnung 1985 wird festgelegt, dass der nationale Rat gemäß Art 3 Mindesthonorarsätze festlegt, wobei ein Abgehen von diesen Sätzen Disziplinarmaßnahmen nach sich zieht. Die vom nationalen Rat im Jahr 1967 erlassene Honorarordnung, welche als „Standesrechtliche Norm Nr 2“ bezeichnet wird, wurde nicht durch königlichen Erlass genehmigt. Diese wurde in den Jahren 1978 und 2002 novelliert und beinhaltet eine Tabelle, die als Schlüssel für die Berechnung des Architektenhonorars einen bestimmten Prozentsatz des Auftragswerts nach der Art des Bauwerks und nach Kostenzonen angibt. Die Honorarordnung 2002 wurde schlussendlich als indikativ erklärt, da sich die europäischen Wettbewerbsinstitutionen mit Honorarordnungen der freien Berufe und ihrer Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln eingehend befassen.

#### **Die rechtliche Beurteilung**

Die EU-Kommission stellte fest, dass der Berufsverband der Architekten als Unternehmensvereinigung iSv Art 81 Abs 1 EG-Vertrag anzusehen sei, da der Beschluss über die Honorarordnung mit Mindestsätzen den Willen darstelle, die Angehörigen des Berufstandes bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu

---

144 COMP/38.549-PO vom 24.6.2004

145 siehe Wettbewerbsbericht 2002, Teil 2, S 40f

einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, wenn diese ihre Honorare festsetzen. Die Standesrechtliche Norm Nr 2 sei auch als Beschluss einer Unternehmensvereinigung anzusehen, da sie weder eine staatliche Maßnahme sei, noch ein Rechtsakt, der nur auf eine staatliche Maßnahme vorbereitet. Die Honorarordnung wurde nicht mit königlichem Erlass genehmigt, sei aber trotzdem veröffentlicht und auch aktualisiert worden. Die Kammer sei auch nicht gesetzlich verpflichtet gewesen, die Standesrechtliche Norm Nr 2 anzunehmen. Art 3 iVm Art 12 der Berufsordnung von 1985 sehe keine Verpflichtung zum Erlass einer Honorarordnung mit Mindestsätzen vor. Bei dieser Empfehlungsbefugnis, welche im Übrigen nur in Zusammenarbeit mit der belgischen Regierung erlassen werden kann, handle es sich um ein Recht und nicht um eine Pflicht. Bei der Standesrechtlichen Norm Nr 2 handle es sich auch nicht um eine Kodifizierung bestehender Gepflogenheiten. Diesbezüglich wurden seitens der Architektenkammer auch keine Gegenbeweise vorgebracht, die Präambel der Norm gehe zudem eher von vorschreibendem Charakter aus, und eine derartig detaillierte Honorarordnung wäre bei einer Kodifizierung von Gepflogenheiten nicht wahrscheinlich gewesen. Die EU-Kommission sah die Verbindlichkeit der Honorarordnung vor allem darin, dass sowohl der Titel als auch die Präambel der Norm Angaben mit normativer bzw vorschreibender Konnotation enthalte. Weiters seien Abweichungen gegen die Mindestsätze mit Disziplinarmaßnahmen zu sanktionieren. Ein zusätzliches Indiz sah die EU-Kommission auch in dem vom nationalen Rat erarbeiteten Mustervertrag für Architekten und Bauherren, der als einzige Möglichkeit für die Bestimmung der Honorare einen Verweis auf die Honorarordnung enthielt. Dieser wurde zwar 1986 widerrufen, im Jahr 1989 wurde jedoch ein neuer Mustervertrag mit zahlreichen Hinweisen auf die Standesrechtliche Norm Nr 2 in Bezug auf Honorar und Zahlungsbedingungen erlassen.

Die EU-Kommission vertrat schlussendlich die Auffassung, dass die Honorarordnung eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Markts bezwecke. Die Tarife der Kammer seien geeignet, die betroffenen Architekten zu einer Angleichung ihrer Tarife ohne Berücksichtigung ihrer Selbstkosten zu veranlassen. Unternehmen mit geringen Selbstkosten würden dadurch abgehalten ihre Preise zu senken. Andererseits erhielten Unternehmen, die ihre Kosten am wenigsten unter Kontrolle haben einen künstlichen komparativen Vorteil. Informationen zum Ermitteln von Selbstkosten seien von der Kammer im vorliegenden Fall nicht weitergegeben worden.

Außerdem schaffe die Honorarordnung eine künstliche Verbindung zwischen Baukosten und Architektenhonorar. Lediglich die von den Architekten zu bezahlende Versicherungssumme sei aber abhängig von den Baukosten. Ansonsten bestehe kein direkter Zusammenhang zwischen Baukosten und Selbstkosten des Architekten – auch nicht unbedingt zwischen Baukosten und Mehrwert, der durch die Arbeit des Architekten geschaffen wird.

Zur Frage, ob der Beschluss der belgischen Architektenkammer den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt, führte die EU-Kommission aus, dass ein das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckendes Kartell (Beschluss) schon seinem Wesen nach abschottende Wirkung habe und somit die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung verhindere. Im Übrigen gelte der Beschluss auch für die bei der Kammer eingetragenen Architekten anderer Mitgliedstaaten.

Eine Rechtfertigung des wettbewerbsbeschränkenden Beschlusses gemäß Art 81 Abs 3 EG-Vertrags sah die EU-Kommission nicht. Alternative Methoden für die Bereitstellung von Preisangaben für Verbraucher, insbesondere eine Veröffentlichung historischer oder erhebungsgestützter Angaben durch unabhängige Dritte (zB Verbraucherschutzorganisationen), seien ein ebenso zuverlässiger Leitfaden, der den Wettbewerb weniger verzerre.

Die Höhe der Geldbusse wurde mit € 100.000,- festgesetzt. Der Verstoß wurde als schwer eingestuft und durch den Umstand, dass der wettbewerbsbeschränkende Beschluss über mehr als 35 Jahre andauerte, handle es sich zudem um einen Verstoß von langer Dauer. Als mildernd wurde der Umstand

angesehen, dass erst im Jahr 1993 mit der Veröffentlichung der Entscheidung CNSD (feste Tarife der italienischen Zollspediteure) begründete Zweifel an der Wettbewerbswidrigkeit hätten ausgeräumt werden können. Bei dieser Entscheidung wurde allerdings von der Verhängung einer Geldbuße abgesehen. Im Fall FENEX wurde schließlich ein symbolisches Bußgeld in Höhe von € 1.000,-- verhängt. Die EU-Kommission hat daher auch in diesem Fall – wie sie selbst ausführt – eine moderate Geldbuße verhängt.

### 3.1.3. EU-Richtlinie – unlautere Geschäftspraktiken<sup>146</sup>

Ulrike Ginner

Die Kommission hat am 18. Juni 2003 einen Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>147</sup> 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 daraus resultierende Richtlinienentwurf wurde zusammen mit einer erweiterten Folgenabschätzung veröffentlicht. Der Ministerrat diskutierte den Vorschlag im November 2003, der Wirtschafts- und Sozialausschuss gab eine Stellungnahme ab,<sup>148</sup> und es erfolgte eine erste Lesung im Europäischen Parlament.<sup>149</sup> Am 18. Mai 2004 kam es zu einer politischen Einigung im Rat.<sup>150</sup> Nach dem gemeinsamen Standpunkt des Rats vom 15. November 2004 wird dazu noch eine 2. Lesung im Europäischen Parlament erfolgen. Nach den ursprünglichen Aussagen der EU-Kommission sollte der Legislativprozess für die neue Rechtsvorschrift Anfang 2005 abgeschlossen sein.

Zumindest einige Anträge von Abgeordneten des Europäischen Parlaments für die 2. Lesung ließen zunächst vermuten, dass eine weitere Diskussion um das aus der Richtlinie wieder eliminierte Herkunftslandprinzip entfacht werden sollte. Da aber nur die Herausnahme dieses problematischen Punkts aus dem Richtlinienentwurf zu einer politischen Einigung geführt hat, ist anzunehmen, dass auch das Europäische Parlament dieses Anliegen nicht mehr verfolgen wird. Am 23.02.2005 findet die Debatte im Plenum statt und am nächsten Tag erfolgt die parlamentarische Abstimmung.

---

146 Siehe auch Wettbewerbsbericht der AK 2004, Teil 1, S 63.

147 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen 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.

148 Abl C 108 vom 30.04.2004, S 81.

149 Bericht vom 18.03.2004, a5-0188/2004.

150 Dokument vom 25.05.2004, 2003/0134 (COD).

## **Änderungen zum Richtlinienentwurf vom 18.06.2003**

Folgende maßgeblich Änderungen sind hervorzuheben:<sup>151</sup>

### **Herkunftslandprinzip**

Das höchst umstrittene Herkunftslandprinzip wurde aus der Richtlinie eliminiert. Die Bestimmung des Artikel 4 zum Binnenmarkt sieht nun vor, dass die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, einschränken dürfen. Die Kommission wird dem Europäischen Parlament und dem Rat spätestens vier Jahre nach In-Kraft-Treten einen umfassenden Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie, insbesondere von Artikel 4 und Anhang I (Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten) vorlegen.

Gemäß Artikel 3 Abs 5 können die Mitgliedstaaten für einen Zeitraum von sechs Jahren ab In-Kraft-Treten der Richtlinie nationale Vorschriften anwenden, die restriktiver oder strenger sind als in der Richtlinie vorgesehen. Diese Maßnahmen müssen aber unbedingt erforderlich sein, um die VerbraucherInnen auf geeignete Weise vor unlauteren Geschäftspraktiken zu schützen. Sie müssen auch verhältnismäßig sein. Im Rahmen der oa Überprüfung kann gegebenenfalls auch vorgeschlagen werden, die Geltungsdauer dieser Ausnahmeregelung um einen weiteren begrenzten Zeitraum zu verlängern.

Kompromiss des Europäischen Parlaments dürfte sein, dass die Sechsjahresfrist, in welcher Mitgliedstaaten strengeres nationales Unlauterkeitsrecht anwenden dürfen, um den Begriff „continue to“ erweitert wird. Dies bedeutet, dass zwar alte, strengere Regelungen weiterhin angewendet werden dürfen, jedoch keine neuen Bestimmungen neu erlassen werden dürfen, die über die Richtlinie hinausgehen.

### **Durchschnittsverbraucher**

Eine weitere Änderung wurde im Bezug auf die anzuwendende Maßstabsfigur des Verbrauchers vorgenommen. Der für die Beurteilung von Sachverhalten maßgebliche Durchschnittsverbraucher als durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher wurde nicht mehr in die Definitionen aufgenommen. Besondere Eigenschaften wie Alter, geistige oder körperliche Gebrechen bzw Leichtgläubigkeit wurden nun als besonders schutzwürdig angesehen. Soweit sich Geschäftspraktiken, die zwar die Gesamtheit der Verbraucher erreichen, jedoch das wirtschaftliche Verhalten nur einer schutzwürdigen Gruppe von Verbrauchern (mit oa Eigenschaften) wesentlich beeinflussen, ist die Geschäftspraktik unter dem Blickwinkel eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

Die Definition des Durchschnittsverbrauchers wird auch nach den Diskussionen im Europäischen Parlament wohl nicht in die Richtlinie aufgenommen werden. Sie soll aber in den Erwägungsgründen (in den Erläuterungen zur Richtlinie) angeführt werden.

### **Beurteilung durch die Arbeiterkammer**

Die KonsumentInnen können sich aufgrund der Richtlinie auf ein einheitliches Schutzniveau im gesamten EU-Raum verlassen. Außerdem ist gewährleistet, dass zumindest während der nächsten sechs Jahre strengeres österreichisches Lauterkeitsrecht zur Anwendung kommen kann. Unbestrittenerweise

---

<sup>151</sup> Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der 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 des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr ..../2004 Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) vom 15.11.2004 (11630/2/04).

verfügt Österreich über ein sehr hohes Verbraucherschutzniveau im Bereich des unlauteren Wettbewerbs. Das Herkunftslandprinzip hätte für österreichische KonsumentInnen zu einer enormen Rechtsunsicherheit geführt, und es wäre auch ein Absinken auf ein niedrigeres Schutzniveau zu befürchten gewesen. Anzumerken ist aber, dass es für Mitgliedstaaten, die erst kürzlich ihr Unlauterkeitsrecht novelliert haben, wie zB Deutschland, möglich war, strengere Bestimmungen einzuführen. Dies ist aber jenen Mitgliedstaaten verwehrt, die die Richtlinie noch umsetzen müssen. Leider gilt dies auch für Österreich, sodass fraglich ist, ob sinnvolle Neuerungen, wie sie im deutschen UWG vorgesehen sind, überhaupt für die österreichische Novelle herangezogen werden können.

Positiv gesehen wird auch die Erweiterung des Schutzzwecks zugunsten bestimmter Personengruppen, da die Praxis zeigt, dass sich bestimmte Geschäftsmethoden vorwiegend an spezielle Verbrauchergruppen, wie zB Verkaufsveranstaltungen an PensionistInnen, richten. Es soll fortan auch möglich sein, gegen Werbemethoden vorzugehen, die die Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen ausnutzen.

### 3.1.4. Verwertungsgesellschaften<sup>152</sup>

Sonja Auer-Parzer

Urheberrechte werden in der Regel kollektiv durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen. Aufgrund der Ubiquität des Urheberrechts ist es dem Urheber faktisch unmöglich, mit jedem einzelnen, der seine Rechte verwertet, Verträge abzuschließen, Vergütungen für Lizenzen einzuheben und die Wahrung seiner Rechte zu kontrollieren.

Urheber übertragen deshalb ihre Werknutzungsrechte an Verwertungsgesellschaften, die die Rechte treuhändig verwalten und gegen Entgelt an Nutzer Werknutzungsbewilligungen erteilen (kollektive Rechteverwaltung). Oft sehen die gesetzlichen Regelungen jedoch auch vor, dass die Wahrnehmung von Vergütungsansprüchen (zB Leerkassettenvergütung) durch Verwertungsgesellschaften erfolgen muss. Verwertungsgesellschaften haben deshalb traditionell große Bedeutung.

Abgesehen von einigen wenigen Bestimmungen in einzelnen Richtlinien zum Urheberrecht, gibt es noch keine gemeinschaftsrechtliche Regelung, die sich ausschließlich mit dem Recht der Verwertungsgesellschaften beschäftigt. Die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof haben sich allerdings in ihren Entscheidungen mit der Rechtswahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften auseinandergesetzt.

Da Verwertungsgesellschaften in der Regel eine marktbeherrschende Stellung genießen, wurde im Rahmen des Wettbewerbsrechts auch insbesondere die Frage behandelt, ob Verwertungsgesellschaften bei der Wahrnehmung und der Vergabe von Rechten ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen.

---

<sup>152</sup> Gemeinschaftsregelungen zum Verwertungsgesellschaftenrecht – Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt vom 16.4.2004 KOM(2004) 261 endgültig



Im April 2004 veröffentlichte die Europäische Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt, nach mehrjährigen Vorarbeiten eine Mitteilung, in der sie zu einer gemeinschaftsweiten Harmonisierung der Wahrnehmung der Rechte der Urheber Stellung nimmt.

## **Inhalt der Mitteilung**

Kern der Mitteilung der Kommission ist die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften und die Frage, ob die gegenwärtigen Formen der Rechtswahrnehmung in den einzelnen Mitgliedstaaten das Funktionieren des Binnenmarkts beeinträchtigen. Daneben wird jedoch auch die Einführung von DRM-Systemen angesprochen, und es werden Verbesserungsvorschläge für eine gemeinschaftsweite Lizenzierung von Nutzungsrechten zur Diskussion gestellt. Für die individuelle Rechtswahrnehmung durch den Urheber (Fragen des Rechteerwerbs, Fragen der Rechteübertragung für Nutzungsarten, des Inhalts und der Auslegung von Verträgen und der Vergütungshöhe) sieht die Kommission im Hinblick auf das Funktionieren des Binnenmarkts derzeit keinen Regelungsbedarf, stellt jedoch fest, dass sie die Entwicklung in den einzelnen Mitgliedsstaaten weiter zu verfolgen hat.

Zusammenfassend kommt die Kommission in ihrer Mitteilung zum Schluss, dass auf dem Gebiet der kollektiven Rechtswahrnehmung ein Bedarf nach einer gemeinschaftsweiten Regelung zu bestimmten Aspekten besteht. So bestehen innerhalb der Europäischen Union erhebliche Unterschiede in der Gesetzgebung zu den Verwertungsgesellschaften – dies insbesondere zum Status der Gesellschaft, den Zulassungsvoraussetzungen, den Vertragsbedingungen zu den Nutzern und Rechteinhabern, der Tarifaufsicht und der Schlichtungsmechanismen bei Streitigkeiten.

Die Kommission stellt daher unter Beachtung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Rechtsinstrument in Aussicht, das bestimmte Aspekte der kollektiven Rechtswahrnehmung regeln soll. Effizienz, Transparenz, die redliche Verwaltung und Rechenschaftsfähigkeit sollen dabei als wesentliche Erfordernisse für das Funktionieren des Binnenmarkts angesehen werden.

Der Gemeinschaftsrahmen zur Festigung des Binnenmarkts soll dabei insbesondere folgende Bereiche näher regeln:

### **1. Gründung von Verwertungsgesellschaften**

Da Verwertungsgesellschaften als Treuhänder der Rechteinhaber agieren, soll im Interesse einer verantwortungsvollen Verwaltung die Harmonisierung der Regelung zu den Anforderungsvoraussetzungen der Personen, die eine Gesellschaft gründen können, zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit, zu den Rechnungslegungspflichten und zur Mindestzahl vertretener Rechteinhaber betreffen.

Hinsichtlich des Status (Rechtsform) von Verwertungsgesellschaften bringt die Kommission vor, dass ein Sondierungsprozess ergeben habe, dass die Effizienz einer Verwertungsgesellschaft offensichtlich nicht von ihrer Rechtsform abhängt und erachtet deshalb nur Vorschriften zur Gründung für harmonisierungsbedürftig.

### **2. Beziehung zwischen Nutzer und Verwertungsgesellschaften**

Verwertungsgesellschaften haben oft Ausschließlichkeitsstellung, da sie als einzige in ihrem Tätigkeitsfeld befugt sind, die Rechte der Urheber wahrzunehmen. Darüber hinaus vertreten sie ein breites, manchmal weltweites, Repertoire.

Ausgehend von den Vorbehalten der Nutzer sollen einheitliche Grundsätze, die die Veröffentlichung der Gebührensätze und Erteilung von Lizenzen zu angemessenen Bedingungen betreffen, sowie die Schaffung von Möglichkeit der Anfechtung von Gebührensätzen in die Gemeinschaftsregelung aufge-

nommen werden und damit den Zugang zu geschützten Werken zu angemessenen Bedingungen fördern und sicherstellen.

### **3. Beziehung zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern**

Aufgrund der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften bekommen Grundsätze der redlichen Verwaltung, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und Rechenschaftspflicht in diesem Zusammenhang eine wichtige Bedeutung. Diese Grundsätze sollen sich für den Wahrnehmungsvertrag, die Mitgliedschaft, die Vertretung und Position der Rechteinhaber innerhalb der Gesellschaft (Zugang zu internen Dokumenten und Rechnungsunterlagen über Einnahmen, Ausschüttungen und Abzüge, echter Einfluss der Rechteinhaber auf den Entscheidungsprozess und die soziale und kulturelle Politik der Verwertungsgesellschaft) widerspiegeln. Aber auch eine gewisse Flexibilität im Hinblick auf Laufzeit und Umfang der Rechtswahrnehmung sowie die Möglichkeit, bestimmte Rechte individuell wahrzunehmen sollte garantiert werden.

### **3. Externe Kontrolle der Verwertungsgesellschaften**

Hinsichtlich der externen Kontrollmechanismen stellt die Kommission sehr unterschiedliche Regelungen fest und hält es deshalb im Sinne eines funktionierenden Binnenmarkts für nützlich, gemeinsame Grundlagen für Parameter der externen Kontrolle zu schaffen und bestimmte Behörden in allen Mitgliedsstaaten einzuführen sowie Grundsätze für ihre Zuständigkeiten, ihre Zusammensetzung und den Status ihrer Entscheidungen festzulegen.

### **Position der Arbeiterkammer**

Die Initiative der Kommission, das Recht der Verwertungsgesellschaften zu harmonisieren wird seitens der Arbeiterkammer begrüßt, soweit dies zur Transparenz, effizienteren Kontrolle und Rechtssicherheit beiträgt und damit Konsumenten, Nutzern und Rechteinhabern (Urhebern) zugute kommt. Harmonisierte Regelungen können durch die mit der Vereinheitlichung entstehende Transparenz der Vorschriften zu einer Verringerung der Transaktionskosten beitragen. So berührt das Recht zur kollektiven Rechtswahrnehmung nicht nur die Interessen der Urheber einerseits und die der Unternehmen als hauptsächliche Nutzer der Lizenzen andererseits, sondern auch ganz wesentlich die Interessen der Konsumenten: Die im Zusammenhang mit der Lizenzierung entstehenden Kosten (Gebühren, Vergütungen, Transaktions- und Suchkosten) werden letztendlich auf die Konsumenten überwält.

Verwertungsgesellschaften verwalten und überwachen die Rechte der Urheber, heben Entgelte für Lizenzen ein und verteilen diese an die Urheber. Dabei genießen Verwertungsgesellschaften in der Regel eine Monopolstellung – so wird zB in Österreich eine Betriebsgenehmigung an eine Verwertungsgesellschaft nur dann erteilt, wenn noch keine andere genehmigte Verwertungsgesellschaft im selben Bereich tätig ist. Der Monopolgrundsatz zielt darauf ab, die Sicherung des Entgelts der Rechteinhaber zu garantieren – ein Zusammenschluss in einer derartigen Gesellschaft soll ihr Verhandlungsgewicht gegenüber der mächtigen Verwertungsindustrie stärken. Eine einzige Anlaufstelle erleichtert jedoch auch den Rechtsverkehr zwischen Urhebern und Nutzern und verringert Such- und Transaktionskosten.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist jedoch zu beachten, dass mit der Ausschließlichkeitsstellung der Verwertungsgesellschaft eine Machtposition gegenüber den Nutzern und Urhebern einhergeht. Verwertungsgesellschaften erbringen Dienstleistungen sowohl gegenüber den Rechteinhabern (Wahrnehmung der Rechte) als auch gegenüber den Nutzern (Vergabe von Lizenzen). Beide Gruppen sind auf ihre Tätigkeit angewiesen. Mit der Stellung als Alleinanbieter geht regelmäßig die Gefahr des

Machtmissbrauchs einher. Effiziente Aufsichtsmechanismen und Regelungen, die ein transparentes Vorgehen der Verwertungsgesellschaften garantieren, können dieser Gefahr entgegenwirken. Weiters gilt es in diesem Zusammenhang, für Nutzer den Zugang zu Lizenzen zu angemessenen Bedingungen zu sichern, aber auch eine Stärkung der Stellung des Urhebers gegenüber den Verwertungsgesellschaften zu gewährleisten. Ein Gemeinschaftsrahmen zum Verwertungsgesellschaftenrecht sollte deshalb folgende Regelungen berücksichtigen:

- Regelungen, die eine effiziente, unabhängige, sachkundige Aufsicht und Kontrolle der Verwertungsgesellschaften garantieren.
- Vorschriften, die ein transparentes Handeln der Verwertungsgesellschaften sicherstellen und dabei sowohl Transparenz nach außen (Beziehung zwischen Unternehmen und Konsumenten als Nutzer und Verwertungsgesellschaften) als auch Transparenz nach innen (Beziehung Urheber und Verwertungsgesellschaften) berücksichtigen.
- Regelungen, die einen Zugang zu Lizenzen zu angemessenen Bedingungen sichern.
- Vorgaben, die eine Stärkung der Stellung des Urhebers gegenüber den Verwertungsgesellschaften garantieren.
- Einrichtung von Schlichtungsmechanismen, die allen beteiligten Gruppen (Nutzer, Konsumenten, Urheber und Verwertungsgesellschaften) kostengünstig zugänglich sind. Bei der Entscheidungsfindung durch ein sachkundiges Organ sollten die berechtigten Interessen der Urheber, Nutzer, Konsumenten und Verwertungsgesellschaften berücksichtigt werden.

Mit der Veröffentlichung ihrer Mitteilung im April 2004 leitete die Kommission einen Konsultationsprozess ein, in dem sie interessierten Kreisen die Möglichkeit gab, Stellung zu nehmen.<sup>153</sup>

Daneben darf im Zusammenhang mit der Mitteilung der Kommission jedoch auch die Entschließung des europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften nicht unerwähnt bleiben.<sup>154</sup> In dieser wird im Wesentlichen zum Verwertungsgesellschaftenrecht eingegangen und dabei ausführlich zur Organisationsform, den Zulassungsvoraussetzungen, den Tätigkeitsbereichen, der inneren Struktur, den Gegenseitigkeitsverträgen, den kulturellen und sozialen Aufgaben, der Aufsicht und Kontrolle, den Schlichtungsmechanismen und zu Fragen der Transparenz Stellung genommen.

Es liegt nun an der Kommission, den nächsten Schritt zu setzen und konkrete Vorschläge für die Regelungen zu einem Gemeinschaftsrahmen zu präsentieren.

---

<sup>153</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/management/contributions\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/management/contributions_de.htm) .

<sup>154</sup> Bericht des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts vom 11. Dezember 2003, A5-0478/2003 endgültig und Entschließung des europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte (2002/2274(INI)), P5\_TA(2004)0036.

### 3.1.5. Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen

Miron Passweg

Technologietransfer-Vereinbarungen werden zwischen Unternehmen getroffen und beziehen sich auf die Lizenzierung oder die Übertragung von Rechten betreffend Patente, Know-how, Software oder auch geistiges Eigentum (im letzteren Fall, sofern diese Bestimmungen nicht den eigentlichen Gegenstand der Vereinbarung bilden, jedoch unmittelbar mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden sind). Derartige Vereinbarungen können für den technologischen Fortschritt eines Landes von großer Bedeutung sein. Oft werden in Lizenz hergestellte Produkte durch eigene Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen des Lizenznehmers noch verbessert (Anschlussinnovationen).

Zweck der Verabschiedung der Verordnung über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO) im Jahr 1996 war erstens eine Vereinfachung der für Lizenzvereinbarungen geltenden Vorschriften durch Zusammenfassen der zuvor bestehenden Gruppenfreistellungen für Know-how- und Patentlizenz-Vereinbarungen in einer einzigen Verordnung – mit dem Ziel, die Verbreitung technischer Kenntnisse in der Gemeinschaft und die Herstellung technisch verbesserter Produkte zu fördern, zweitens, für einen wirksamen Wettbewerb bei technologisch neuen oder verbesserten Produkten zu sorgen, und drittens mehr Rechtssicherheit zu schaffen und die durch Einzelanmeldungen nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag verursachten administrativen Belastungen abzubauen.

Lizenzvereinbarungen können signifikante Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse im betroffenen Marktsegment haben. Ob Lizenzvereinbarungen wettbewerbsfördernd wirken oder den Wettbewerb eher einschränken, hängt von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und somit von dem Ausmaß ab, in dem diese Unternehmen dem Wettbewerb anderer Unternehmen ausgesetzt sind, die über Ersatztechnologien verfügen oder Ersatzprodukte herstellen. Gemäß Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb einschränken oder verfälschen, untersagt. Diese Bestimmungen können unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar erklärt werden. Die Verordnung über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen nennt die Voraussetzungen, unter welchen die Verbotsbestimmung nach Artikel 81 Absatz 1 nicht anwendbar ist.

Die seit dem Beitritt der neuen EU-Mitgliedsstaaten am 1. Mai 2004 geltende neue TT-GVO wird als der letzte Baustein der grundlegenden Reform des EG-Kartellrechts gesehen. Die alte TT-GVO wurde verworfen, da sie den Handlungsspielraum der Unternehmen zu sehr eingeschränkt hat. Der eher gesetzlich-formale Ansatz der alten TT-GVO sollte einem eher wirtschafts- und wirkungsbezogenen Ansatz weichen. Dazu wurden Marktanteilsschwellen eingeführt, bestimmte Klauseln in der Gruppenfreistellungs-Verordnung gestrichen und Leitlinien formuliert. Unterhalb bestimmter Marktanteilsschwellen besteht nun eine Freistellung, während oberhalb dieser Marktanteilsschwellen die Anwendbarkeit des Artikels 81 von den beteiligten Unternehmen selbst eingeschätzt werden muss.

#### **Das Marktanteilsmodell**

Handelt es sich bei den Vertragsparteien um konkurrierende Unternehmen, so gilt die Freistellung unter der Voraussetzung, dass der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen relevanten Technologie- und Produktmarkt 20% nicht überschreitet. Handelt es sich bei den Vertragsparteien um nicht konkurrierende Unternehmen, so gilt die Freistellung unter der Voraussetzung, dass der individuelle Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen relevanten Technologie- und Produktmarkt 30% nicht überschreitet. Der Marktanteil eines Unternehmens auf den relevanten Technologiemärkten bestimmt sich nach der Präsenz der lizenzierten Technologie auf den relevanten Produktmärkten. Als Marktanteil des Lizenzgebers auf dem relevanten Technologiemarkt gilt der gemeinsame Marktanteil,

den der Lizenzgeber und seine Lizenznehmer mit den Vertragsprodukten auf dem relevanten Produktmarkt erzielen. Oberhalb dieser Marktanteilsschwellen wird gemäß TT-GVO jedoch nicht automatisch von einem Vereinbarungsverbot gemäß Artikel 81 Abs 1 ausgegangen.

Die Schlüsselfrage ist also, wie sich Technologietransfer-Vereinbarungen auf den betreffenden Markt auswirken. Ein bestimmtes Ausmaß an Marktmacht kann den Wettbewerb beschränken. Marktmacht und Marktanteil müssen jedoch nicht unbedingt in einem direkten Zusammenhang stehen. Beispielsweise<sup>155</sup> kann eine vollkommen neue, auf dem Markt noch nicht eingeführte Technologie, Marktmacht verschaffen, wenn deren Marktdurchsetzung als wahrscheinlich gilt. Auf der andern Seite kann ein Produkt, welches mit herkömmlicher Technologie einen hohen Marktanteil erzielt, wenig Marktmacht begründen, und zwar dann, wenn eine Substitution durch technologisch modernisierte Produkte absehbar ist. Es kann daher in manchen Fällen auch unterhalb der in der TT-GVO festgeschriebenen Marktanteilsschwellen wettbewerbsbeschränkende Marktmacht vorliegen oder auch umgekehrt, oberhalb der Marktanteilsschwellen eine keineswegs wettbewerbsschädigende geringe Marktmacht festgestellt werden. Wenn festgestellt wird, dass eine freigestellte Technologietransfer-Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Artikel 81 Abs 3 unvereinbar sind, kann die Europäische Kommission im Einzelfall gemäß Artikel 6 TT-GVO die Freistellung auch entziehen.

Seitens der Unternehmen und vor allem deren Rechtsvertreter wird dieses Modell sehr kritisch betrachtet. Vor allem wird angeführt, dass die höhere Gestaltungsfreiheit zulasten der Rechtssicherheit geht. Die betroffenen Unternehmen müssen – vor Abschluss von Technologietransfer-Vereinbarung – eine aufwendige Analyse der Wettbewerbsbedingungen durchführen und darüber hinaus auch die Marktverhältnisse laufend beobachten.

Trotzdem dürfte das in der neuen TT-GVO verwendete Marktanteilsmodell die bisher praktikabelste Lösung sein. Die Anwendungspraxis wird zeigen, ob eine neuerliche Überarbeitung der vorliegenden Gruppenfreistellungsverordnung notwendig ist.

---

<sup>155</sup> Siehe J. Drexler: Die Gruppenfreistellung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit.

## 3.2. Österreich

### 3.2.1. Kartell- und Wettbewerbsgesetznovelle 2005

Ulrike Ginner

#### **Kartellgesetz neu 2005**

Gut Ding braucht Weile. Dieses Sprichwort kann offensichtlich auch auf die seit längerer Zeit erwartete Kartellgesetznovelle 2005 angewandt werden. Die auf Initiative der Bundeswettbewerbsbehörde eingesetzte Arbeitsgruppe<sup>156</sup> hat die Arbeit zu Überlegungen einer Novelle im Sommer 2003 aufgenommen und Ende August 2003 einen Diskussionsentwurf an das Bundesministerium für Justiz (BMJ) übermittelt. Im Dezember 2003 wurde die erste Verhandlungsrunde einberufen, im Herbst 2004 war eine letzte Verhandlungsrunde anberaumt. Die Einleitung des Begutachtungsverfahrens wurde für Ende 2004 angekündigt. Tatsächlich wurde der Entwurf Anfang Jänner 2005 auf der Homepage des BMJ bekannt gegeben. Die Begutachtungsfrist endete am 25. Februar 2005.

Grundsätzlich wird das Kartellgesetz aufgrund maßgeblicher Neugliederungen neu erlassen, es wurde also nicht der Weg einer Novellierung des geltenden Kartellgesetzes gewählt.

Das Kartellrecht soll gänzlich Bundeskompetenz werden. Dazu ist eine Verfassungsbestimmung notwendig. Die Länderbereichsausnahme (Angelegenheiten, die in Gesetzgebung und Vollziehung Sache der Bundesländer sind – ausgenommen dem Elektrizitätswesen) hatte allerdings in der Kartellrechtsprechung wenig Bedeutung.<sup>157</sup>

#### **Kartelle**

Zentraler Punkt der Novelle ist eine Angleichung der materiellrechtlichen Vorschriften an die europäischen Bestimmungen. So soll das Kartellverbot analog Art 81 Abs 1 EGV geregelt werden. Die Unterscheidung von Kartelltypen sowie deren unterschiedliche Bestimmungen (Absichts-, Wirkungs- oder Verhaltenskartelle, Normen- und Typenkartelle sowie Rationalisierungskartelle) werden aufgegeben. Anstelle des Genehmigungssystems tritt das Legalausnahmesystem analog Art 81 Abs 3 EGV. Empfehlungskartelle werden genau definiert und fallen ebenfalls unter das Kartellverbot. Es wird aber klar gestellt, dass unverbindliche Empfehlungen, auf deren Durchsetzung kein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt wird, vom Verbot ausgeschlossen sind. Dies bedeutet aber nicht, dass eine auf einer unverbindlichen Empfehlung beruhende Verhaltensabstimmung erlaubt wäre.

Die bestehende Bagatellkartellregelung bleibt aufrecht, allerdings mit der Änderung, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Marktanteilsberechnung nicht mehr auf das Zustandekommen abzielt. Das heißt auch „gewachsene“ Bagatellkartelle unterliegen ab Überschreitung der Schwellenwerte von 5% national bzw 25% regional fortan dem Kartellverbot.

Die Ausnahmebestimmung für die Preisbindung von Büchern, Zeitschriften und Zeitungen wird für nationale Fälle bestehen bleiben. Ob ehemals gesetzlich freigestellte Preisbindungen für den Kunst- und Musikalienhandel<sup>158</sup> aufgehoben werden, ist allerdings fraglich, da sich diese zwar nicht im Gesetz

---

156 Siehe auch Wettbewerbsbericht der AK 2004, Teil 1, S 81f.

157 Siehe 16 Ok 23/03 vom 22.12.2003 (Haflingerzucht).

158 Das Buchpreisbindungsgesetz gilt auch für Musikalien.

finden, aber in den Erläuterungen sehr wohl als Ausnahmen angeführt werden (so zumindest der Handel mit Kunstdrucken).

Eine Ausnahmebestimmung für die Landwirtschaft wurde analog zu Art 36 EGV (EU-VO 26/62) von der landwirtschaftlichen Interessensvertretung in das neue Kartellgesetz hineinreklamiert. Preisbindungen sind hier aber nicht möglich, auch darf der Wettbewerb durch landwirtschaftliche Vereinbarung über Erzeugung oder Absatz sowie durch Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für Lagerung, Be- oder Verarbeitung nicht ausgeschlossen werden.

Weiterhin unverändert bleiben soll das derzeitige Genossenschaftsprivileg bzw Vereinbarungen zwischen Mitgliedern einer Kreditinstitutsgruppe iSd § 30 Abs 2 a Bankwesengesetzes (Haftungsverbund).

Vertikale Vertriebsbindungen und unverbindliche Verbandsempfehlungen unterliegen fortan den allgemeinen Regeln. Sonderbestimmungen dafür werden aufgehoben. Für unverbindliche Verbandsempfehlungen bedeutet dies, dass sie nicht mehr in Bezug auf eine mögliche Verhaltensabstimmung privilegiert sind.

Die Führung des Kartellregisters wird eingestellt.

Gruppenfreistellungsverordnungen sind fortan vom Bundesminister für Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (bei Bestimmungen über Kreditinstitute, Versicherungen oder Pensionskassen auch im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen) zu erlassen. Diese Verordnungen können dynamisch auf eine Verordnung nach Art 81 Abs 3 EGV verweisen.

## **Marktmachtmissbrauch**

Die VO 1/2003 erlaubt es, strengere nationale Vorschriften für einseitige Handlungen aufrechtzuerhalten. Die Sondernormen des Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie das Medienkartellrecht bleiben aufrecht, ebenso die Bestimmungen über das Vorliegen bzw die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung.

## **Zusammenschlüsse**

In den Erläuterungen wird zunächst angemerkt, dass für das neue Prüfungskriterium der EU-Fusionskontrollverordnung<sup>159</sup> (SIEC-Test; erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) zunächst die EU-Entwicklung abgewartet wird, und eine Umsetzung in einer künftigen Novelle vorgenommen werden soll.

Zunächst sollen auch kooperative Gemeinschaftsunternehmen nach dem Vorbild des Gemeinschaftsrechts in die Zusammenschlusskontrolle aufgenommen werden. Diese unterliegen fortan somit einer doppelten Kontrolle. Bisher unterlagen sie in Bezug auf wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der beteiligten Unternehmen ausschließlich dem allgemeinen Kartellverbot.

Die Schwellenwerte für die Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen werden insoweit angepasst, als die Bagatellgrenze von derzeit 2 Mio € auf 3 Mio € angehoben wird. Mit dieser Neuänderung soll erreicht werden, dass Zusammenschlüsse, die keine Auswirkung auf den österreichischen Markt haben, auch nicht mehr angemeldet werden müssen. Ein ausschließlich auf Inlandsumsätze abstellender Schwellenwert wurde allerdings insofern als Gefahr gesehen, als dadurch der „Freibiss“ eines ausländischen Unternehmens möglich geworden wäre. Weiters wurde eine Ausnahmebestimmung eingeführt, die Fälle umfassen soll, in denen ein „großes“ inländisches Unternehmen ein oder mehrere „kleine“ ausländische Unternehmen erwirbt.

---

159 Eine diesbezügliche Anpassung wurde in den Verhandlungen von der AK eingebracht.

Anmeldungen sind dann bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) einzubringen, diese hat die Schriftstücke samt Beilagen unverzüglich an den Bundeskartellanwalt weiterzuleiten. Das Kartellgericht wird fortan mit Zusammenschlussfällen erst nach Stellung eines Prüfantrags befasst sein.

Die Anmeldung selbst soll von der Bundeswettbewerbsbehörde öffentlich bekannt gemacht werden. Das WettbewerbsG sieht vor, dies die Bekanntmachungen auf der Website der BWB erfolgen sollen.

Für das Prüfungsverfahren gilt, dass die Fünfmonatsfrist, innerhalb derer eine Untersagung durch das Kartellgericht möglich ist, nunmehr ab Stellung eines Prüfantrags (im Falle, dass beide Amtsparteien einen Prüfantrag stellen, ab Eingang des ersten) berechnet wird. Neu ist, dass die Bundeswettbewerbsbehörde den Umstand, dass ein Prüfantrag gestellt wurde, unverzüglich öffentlich bekannt zu machen hat, und dass interessierte Unternehmer neuerlich die Möglichkeit zu einer Äußerung haben.<sup>160</sup>

Eine rechtliche Klarstellung erfolgt auch bei Zusammenschlüssen, die nur mit Beschränkungen genehmigt wurden, dh dass das Vorhaben nicht in vollem Umfang – wie ursprünglich von den Anmeldern vorgesehen – durchgeführt werden darf. Für diese Fusionen ist eine Durchführung anders als mit diesen Beschränkungen verboten. Diesbezügliche Verträge sind nichtig.

## **Rechtsdurchsetzung**

Die kartellgerichtlichen Verfügungen bezüglich Untersagung bzw Abstellung werden in einem eigenen Abschnitt geregelt. Diese Bestimmungen sind den Regelungen in Art 7 bis 9 der VO 1/2003 angepasst.

Das Kartellgericht hat auf Antrag Zuwiderhandlungen gegen die im ersten Hauptstück geregelten Verbote wirksam abzustellen. Neu ist, dass auch strukturelle Maßnahmen, die nach den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen sind, aufgetragen werden können. Es können aber auch Verpflichtungszusagen der betroffenen Unternehmer bzw Unternehmensvereinigungen für verbindlich erklärt werden, wenn diese Zusagen künftige Zuwiderhandlungen ausschließen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Verfahren allerdings wieder aufgenommen werden.

Die kartellrechtliche Judikatur hat Zuwiderhandlungen, welche in der Vergangenheit begangen wurden und bereits abgeschlossen waren, der Feststellungsmöglichkeit entzogen. Fortan sollen auch Feststellungen über vergangene Sachverhalte möglich sein. Der Feststellungsantrag gemäß § 8a soll beibehalten werden. Allerdings wird es dadurch nicht möglich sein, Sachverhalte einem Feststellungsverfahren zu unterziehen, die dem EU-Recht unterliegen, da hier die Feststellungskompetenz allein der EU-Kommission vorbehalten ist.

## **Geldbußen**

Die Geldbußen wurden ebenfalls den Werten der VO 1/2003 angepasst (je nach Verstoß liegt der Höchstbetrag bei 1 bzw 10% der Gesamtumsatzsumme). Die derzeit bestehenden Untergrenzen werden aufgehoben. Die Verjährungsfrist wird auf fünf Jahre angehoben.

## **Sonstige Verfahrensbestimmungen**

Fortan sollen auch vor dem Kartellgericht abgeschlossene Vergleiche Exekutionstitel bilden. Diese Erweiterung (derzeit stellen lediglich Vergleiche im Verfahren über richterliche Vertragshilfe einen Exekutionstitel dar) hat sich als notwendig erwiesen, da oftmals – vor allem im Zusammenschlussverfahren – Vergleiche über Auflagen oder Beschränkungen zwischen den Amtsparteien und den Unternehmen abgeschlossen wurden.

---

<sup>160</sup> Diese zusätzliche Bekanntmachung stellt einer Forderung der AK dar.



Weiters wird die Möglichkeit zur Verhängung von Zwangsgeldern (bis zu einem Höchstbetrag von 5% des durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Verzugs) eingeführt, um Unternehmen zu einem rechtskonformen Verhalten anzuhalten.

Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurden auf Wunsch der Wirtschaft zwei Regelungen eingeführt, die verhindern sollen, dass ohne Zustimmung der Parteien nicht in die Akten des Kartellgerichts eingesehen werden kann. Verfahren, bei denen eine Amtspartei einen Antrag gestellt hat, dürfen darüber hinaus nur mit Zustimmung dieser verbunden werden. Beide Regelungen sind aber überschießend, ungerechtfertigte Akteneinsicht kann auch mit der Feststellung des mangelnden rechtlichen Interesses ausgeschlossen werden. Gerade im Hinblick auf die europäischen Bestrebungen auf Ausweitung der Wettbewerbspolitik durch „private enforcement“ kann sich diese Regel als hinderlich erweisen.

Verbesserungsaufträge durch das Kartellgericht im Zusammenhang mit Zusammenschlussanmeldungen werden aufgrund der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde nur mehr nach Stellung eines Prüfantrags möglich sein. Dadurch fällt aber jedenfalls die Rahmengebühr für ein Prüfverfahren an.

Das Kartellgesetz 2005 soll mit 01.01.2006 in Kraft treten. Gründe, warum mit dem In-Kraft-Treten so lange zugewartet werden soll, sind nach Ansicht der AK nicht ersichtlich. Auch die Erläuterungen schweigen darüber.

## **Wettbewerbsgesetznovelle 2005**

Das Wettbewerbsrecht wird nach wie vor aufgesplittet sein. Neben dem Kartellgesetz, welches weiterhin die Organisationsregeln für Kartellgericht und Bundeskartellanwalt beinhaltet und in der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz liegt, regelt das Wettbewerbsgesetz die verfahrens- und organisationsrechtlichen Bestimmungen der Bundeswettbewerbsbehörde. Die Zuständigkeit dafür obliegt dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit.

Wenn es auch wünschenswert wäre, die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen in einem einheitlichen Gesetz zu regeln, ist dies aufgrund der politischen Gegebenheiten nicht möglich.

Die Aufgaben und Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde werden den neuen Rahmenbedingungen angepasst. So soll klargestellt werden, dass nicht nur Untersuchungen in der Vergangenheit liegender Wettbewerbsbeeinträchtigungen, sondern auch aktuelle Ereignisse, wie zB Zusammenschlussanmeldungen, in den Aufgabenbereich fallen. Zum Schutz von Kronzeugeninformationen wird eine Ermächtigung zur diesbezüglichen Abgabe von Erklärungen erteilt, und es wird klargestellt, dass die Bundeswettbewerbsbehörde für den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit mit der Kommission und anderen Wettbewerbsbehörden (Netzwerk) zuständig ist. Für einen erweiterten Informationsaustausch ist vorgesehen, dass der Bundeskartellanwalt, die Wettbewerbskommission, die Europäische Kommission, die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten und die Regulatoren um Erteilung von Auskünften sowie um Abgabe von Stellungnahmen ersucht werden können.

Zusammenschlussanmeldungen sind fortan bei der Bundeswettbewerbsbehörde einzubringen. Damit es nicht zu einer Ungleichbehandlung auf Seiten des Kartellanwalts kommt, soll die Anmeldung noch am Tag ihres Einlangens an diesen übermittelt werden. Als Pauschalgebühren werden € 1.500,- verrechnet.

Zur Erhöhung der Transparenz wird die Bundeswettbewerbsbehörde künftig den Umstand veröffentlichen, dass sie Anträge (Abstellungen, Verpflichtungszusagen und Feststellungsanträge) an das Kartellgericht gestellt hat. Es kann der Name des/der betroffenen Unternehmen(s), die Art der vermuteten Zuwiderhandlung und der betroffene Geschäftszweig von der Bekanntmachung umfasst sein. Ebenso

sind Entscheidungen der Kartellgerichte nach deren Erscheinen im Rechtsinformationssystem des Bundes zu veröffentlichen.

Alle Veröffentlichungen erfolgen auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde.

Eine Kronzeugenregelung (leniency program) soll eingeführt werden. Unter den Voraussetzungen, dass die Teilnahme an dem Kartell zeitgerecht beendet wurde, das Unternehmen nicht führend am Verstoß beteiligt war, es die Bundeswettbewerbsbehörde informiert hat, bevor diese vom Sachverhalt Kenntnis erlangt hat und in Folge uneingeschränkt und zügig kooperiert wird, kann die Amtspartei auf einen Geldbußenantrag an das Kartellgericht verzichten. Liegen aber bereits Informationen zu einem diesbezüglichen Sachverhalt vor, kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine verminderte Geldbuße beantragt werden. Der Bundeskartellanwalt ist diesbezüglich zu unterrichten.

Informationen aus dem Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, die unter einem „leniency program“ stehen, dürfen nicht für Bußgeldanträge herangezogen werden. Informationen aus anderen Quellen dürfen aber selbstverständlich verwendet werden.

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist befugt, von Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Urkunden zu verlangen. Neu ist, dass dies auch mit Bescheid angeordnet werden kann, gegen welchen kein ordentliches Rechtsmittel zulässig ist und bei Nichtbefolgung eine Verwaltungsübertretung vorliegt, welche mit Geldstrafen bis zu € 35.000,- zu bestrafen ist.

Die VO 1/2003 sieht vor, dass die Durchführung von Nachprüfungen auch in Privaträumen durchgeführt werden können, da sich Beweismaterial vorwiegend nicht in den Geschäftsräumlichkeiten befindet. Hierfür ist ein vom Senatsvorsitzenden erlassener Hausdurchsuchungsbefehl notwendig. Eine diesbezügliche Bestimmung wird in das Wettbewerbsgesetz aufgenommen.

Bei Sitzungen der Wettbewerbskommission sollen nunmehr neben dem Generaldirektor für Wettbewerb und seinem Stellvertreter auch namhaft gemachte Mitarbeiter der Bundeswettbewerbsbehörde vertretungsbefugt sein.

Zusammen mit der Novellierung des Wettbewerbsgesetzes wurde auch das Antragsrecht im Nahversorgungsgesetz auf die Bundeswettbewerbsbehörde und den Kartellanwalt erweitert. Das Antragsrecht der Finanzprokurator wurde gestrichen.

## **Die Stellungnahmen der AK**

### **Kartellgesetz 2005**

#### **Übernahme des Legalausnahmesystems gemäß Art 81 EGV**

Die AK begrüßt diese Rechtsangleichung, da sowohl für die rechtsprechenden Organe als auch für Unternehmer und die vom Rechtsschutzziel umfassten VerbraucherInnen einheitliche und kohärente Regelungen gelten sollen, so dass auch Rechtsgrundsätze des EU-Rechts für die nationale Rechtsprechung herangezogen werden können. Positiv gesehen wird auch die Eliminierung von zahlreichen Ausnahmebestimmungen.

Unklar ist allerdings, inwiefern die geltende Ausnahmebestimmung für zulässige Preisbindungen für den Kunsthandel, insbesondere nun für den Handel mit Kunstdrucken, nach dem KartG 2005 zulässig sein soll. In der Gesetzesnovelle selbst findet sich keine diesbezügliche Bestimmung, allerdings wird in

den Erläuterungen darauf Bezug genommen. Die Notwendigkeit bzw Rechtfertigung einer zulässigen Preisbindung bei Kunstdrucken wird von der AK allerdings nicht gesehen. Darüber hinaus ist es nicht sicher, ob diese Ausnahmebestimmung auch von Art 81 umfasst ist. Zur Klarstellung sollten daher auch die diesbezüglichen Erläuterungen gestrichen werden.

Dies trifft auch auf die neuerlich in den Gesetzesentwurf aufgenommene Ausnahmebestimmung für Kreditinstitutsgruppen gemäß § 30 Abs 2 a Bankwesengesetz zu. Nach Ansicht der AK ist eine diesbezügliche Regelung, die auf einen konkreten Fall zugeschnitten wurde, nicht sachgerecht. Außerdem ist ein Verfahren vor dem Kartellgericht mit der Rechtsfrage anhängig, ob diese Ausnahmebestimmung gemäß Art 81 EG überhaupt zulässig ist. Es sollte daher zumindest bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dieser Sache eine diesbezügliche Ausnahmebestimmung nicht aufgenommen werden.

Als problematisch, weil zu unbestimmt und zu weitgehend, wird die Ausnahmebestimmung für landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe angesehen. Nicht nachvollziehbar ist, warum auch Pflanzen- und Tierzuchtbetriebe und auf der Stufe dieser Betriebe tätige Unternehmen vom Verbot des § 1 ausgenommen sein sollen. Zum Begriff „Pflanzenzuchtbetriebe“ wären zB auch Gärtnereien sowie große Saatguterzeuger zu zählen, ebenso müssen Tierzuchtbetriebe nicht unbedingt der Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte dienen (zB Pferdezucht, Pelzzucht uÄ). Für die AK ist die Notwendigkeit einer derart weit gehenden Ausnahmebestimmung nicht nachvollziehbar. Auch die Begriffswahl „...auf der Stufe dieser Betriebe tätigen Unternehmen...“ ist zu unbestimmt und vermutlich zu weitgehend. Der Begriff der landwirtschaftlichen Erzeugerbetriebe muss nach Ansicht der AK eng ausgelegt werden.

## **Fusionskontrolle**

Während im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen eine Angleichung an das EU-Recht vorgenommen wurde, ist dies bei der Fusionskontrolle nicht geschehen. Die EG-FusionskontrollVO sieht als neues Prüfkriterium auch das Kriterium der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs (SIEC-Test) vor. Die AK hat bereits in den Verhandlungen darauf hingewiesen, dass die Aufnahme dieses Prüfkriteriums auch in das österreichische Recht sinnvoll ist. Es ist nämlich zu befürchten, dass sich die EU-Rechtsprechung in diesem Punkt ständig weiterentwickeln wird, währenddessen es in Österreich zu einem Stillstand in der Rechtsentwicklung kommen könnte.

Die AK sieht die Erhöhung der Aufgriffsschwellen – insbesondere jene von € 2 Mio auf € 3 Mio angehobenen Bagatellschwellenwert – sowie die Aufnahme der Ausnahmebestimmung, welche darauf abzielt, dass die Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle ausgeschlossen werden, die keine spürbare Auswirkung auf den inländischen Markt haben, als ausreichend an. Für eine – auch in Diskussion stehende – darüber hinausgehende Anhebung der Schwellenwerte wird aus Sicht der AK kein Anlass gesehen.

## **Schutz von Geschäftsgeheimnissen**

§ 39 Abs 1 des Gesetzesentwurfs sieht vor, dass ein Verfahren, welches von einer Amtspartei eingeleitet worden ist, nur mit deren Zustimmung mit einem anderen Verfahren, welches von einer anderen Partei, die nicht Amtspartei ist, eingeleitet wurde, verbunden werden darf. Diese Bestimmung dient nicht der Prozessökonomie. Es sollte weiterhin dem Senatsvorsitzenden des Kartellgerichts überlassen bleiben, Verfahren zu verbinden, wenn dies voraussichtlich zu einer Verminderung des Verfahrensaufwandes führt.

Abs 2 regelt, dass in Akten des Kartellgerichts am Verfahren nicht beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen dürfen. Die AK spricht sich gegen diese Bestimmung aus. Der europäische Weg des so genannten „private enforcement“, also die private Rechtsdurchsetzung bei Kartellverstößen, sollte nach Ansicht der AK gefördert werden. Dazu ist es nötig, für Unternehmen und

Verbraucher die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, die durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entstanden sind, zu erleichtern. Das neue deutsche Wettbewerbsgesetz geht in die richtige Richtung, und auch ein Grünbuch der EU-Kommission ist dazu in Vorbereitung. Aus diesem Grund ist es nicht nachvollziehbar, warum gerade in Österreich Klägern, selbst wenn sie ein rechtliches Interesse nachweisen können (vgl die diesbezügliche Bestimmung in der ZPO), der Zugang zu wichtigen Informationen von vornherein abgeschnitten wird. Die Akteneinsicht sollte dann gewährt werden, wenn die Kenntnis des Akteninhalts (bzw der Daten) zur Durchsetzung oder Abwehr eines Rechtsanspruchs erforderlich ist. So könnte der Senatsvorsitzende entscheiden, welche Aktenbestandteile ausgenommen werden müssen, soweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen (auch unter Bedachtnahme auf das Datenschutzgesetz) herbeiführen würde. Es könnte weiters die Akteneinsicht Dritter ausschließlich auf jene Teile des Verfahrens beschränkt werden, an denen sie ein rechtliches Interesse haben. Soweit nicht die Verjährung von Ansprüchen droht, könnte auch die Rechtskraft der betreffenden Entscheidung abgewartet werden. „Unbedenkliche“ Aktenbestandteile – und so insbesondere die rechtskräftige Entscheidung – dürfen aber keinesfalls von der Akteneinsicht ausgeschlossen werden.

Wie aufgezeigt wurde, sind auch weniger einschneidende Möglichkeiten vorhanden, einen Interessenausgleich zwischen dem Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen – wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – und dem nötigen Informationszugang zu wahren.

### **Transparenzbestimmungen**

Das WettbewerbsG 2005 sieht vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde zu informieren hat, dass sie Anträge gemäß §§ 26, 27 und 28 KartG an das Kartellgericht gestellt hat. Weiters informiert sie über Entscheidungen des Kartellgerichts aufgrund dieser Anträge.

Um eine umfassende Transparenz sicherzustellen, sollte auch dem Bundeskartellanwalt diese Informationspflicht auferlegt werden. In der Praxis decken sich die Anträge der beiden Amtsparteien nämlich nicht. Gleichzeitig würde dies dem Bundeskartellanwalt die Möglichkeit geben, die Öffentlichkeit über seine Tätigkeit zu informieren, da er selbst über keine eigene Homepage verfügt.

### **Gerichtsgebühren**

Für die Abwicklung eines kartellgerichtlichen Verfahrens sind vom Vorsitzenden des Kartellgerichts für Prüfverfahren bei Zusammenschlüssen, bei Verfahren über die Abstellung einer Zuwiderhandlung und über ein Feststellungsverfahren Rahmengebühren zu verhängen.

Da es keinen Vorsitzenden des Kartellgerichts mehr gibt, ist die Rahmengebühr – wie auch in der Praxis – vom Senatsvorsitzenden vorzuschreiben. Dies sollte auch im Kartellgesetz klargestellt werden.

Für Bußgeldverfahren sieht das Gesetz allerdings keine Rahmengebühr vor. Auch in diesem Fall kann ein erheblicher Verfahrensaufwand entstehen. Es ist allenfalls auch mit Sachverständigengebühren zu rechnen. Nach Ansicht der AK sollte daher auch bei Bußgeldverfahren eine Rahmengebühr vorgeschrieben werden, um zu vermeiden, dass die entstehenden Verfahrenskosten aus Amtsgeldern bezahlt werden müssen.

### **Übergangsbestimmungen**

Der Entwurf sieht vor, dass Entscheidungen des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts auch bei Verfahren, mit denen die Durchführung eines Kartells bzw einer vertikalen Vertriebsbindung untersagt wurde, sowie der Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung aufgetragen wurde, ihre Wirksamkeit verlieren. Für die AK besteht allerdings keine Notwendigkeit bisher ergangene Entscheidungen für unwirksam zu erklären, auch wenn nun im neuen Kartellgesetz das Legalausnahmeprinzip

eingeführt wird. Erstens können sich Rechtsunterworfenen nicht mehr auf rechtskräftige Entscheidungen verlassen, und zweitens sieht auch das neue Kartellgesetz Untersagungsentscheidungen in Form von Abstellungen vor.

### **In-Kraft-Treten**

Das Kartellgesetz 2005 soll am 01.01.2006 in Kraft treten. Nach Ansicht der AK wäre grundsätzlich auch ein früherer Termin, zum Beispiel der 01.07.2005, im Rahmen des Möglichen.

### **Sonstiges**

Das Kartellobergericht hat sich in zwei Entscheidungen (14.06.2004, 16 Ok 3/04 und 20.04.2004, 16 Ok 6/04) ausführlich mit den Voraussetzungen einer Antragsrücknahme befasst. Das KOG hat mangels einer diesbezüglichen Regelung sowohl im Außerstreitgesetz als auch im Kartellgesetz selbst, zur Lösung der Rechtsfrage § 237 ZPO iVm § 483 ZPO analog herangezogen. Danach kann die Zurückziehung einer Klage im erstgerichtlichen Verfahren selbst mit Zustimmung des Beklagten nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bzw der Abgabe der schriftlichen Urteilsausfertigung erfolgen. Im Berufungsverfahren ist eine Klagsrückziehung dann, wenn keine mündliche Berufungsverhandlung stattfindet, nach § 483 Abs 3 ZPO ebenfalls bis zur Entscheidung zulässig, wenn der Beklagte zustimmt, oder wenn gleichzeitig auf den Anspruch verzichtet wird.

Das mit 01.01.2005 in Kraft getretene neue Außerstreitgesetz regelt in § 11 aber, dass erst im Rechtsmittelverfahren der Antrag nur mehr bei Vorliegen einer der beiden Varianten des § 237 ZPO zurückgezogen werden kann. Ein für Unternehmen negativer Verfahrensausgang in erster Instanz, könnte nun aber zum Anlass genommen werden, Anträge ohne Anspruchsverzicht sowie ohne Zustimmung der Amtsparteien auch wieder zurückzuziehen.

Im Kartellgesetz werden die öffentlichen Interessen gerade durch die Amtsparteien wahrgenommen, sodass auch ein erhebliches Interesse an der rechtskräftigen Klärung von Wettbewerbssachverhalten besteht, insbesondere dann, wenn auch von Seiten der Amtsparteien Anträge gestellt wurden. Aus diesem Grund sollte in das KartG selbst eine eigene Regelung über die Möglichkeit von Antragsrückziehungen aufgenommen werden, die sich ausschließlich an den Bestimmungen der ZPO orientiert.

## **Wettbewerbsgesetznovelle 2005**

### **Transparenzbestimmungen**

§ 10b Abs 2 sieht vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde unter Bedachtnahme auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen im Sinne des Datenschutzgesetzes auf ihrer Website bekannt zu machen hat, dass sie einen Antrag nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes an das Kartellgericht gestellt hat. Dabei kann der Name des oder der betroffenen Unternehmen(s) und in kurzer Form die Art der vermuteten Zuwiderhandlung und der Geschäftszweig angeführt werden.

Die AK begrüßt diese Bestimmung, hält aber fest, dass nur dann für ausreichende Transparenz und Information der Öffentlichkeit gesorgt ist, wenn jedenfalls auch der Name des betroffenen Unternehmens von der Meldung umfasst ist. Der europäische Weg des so genannten „private enforcement“, also die private Rechtsdurchsetzung bei Kartellverstößen, sollte nach Ansicht der AK gefördert werden. Dazu ist es nötig, für Unternehmen und Verbraucher die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, die durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entstanden sind, zu erleichtern. Dazu gehört aber jedenfalls auch die Information, welches Unternehmen sich nach Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde nicht wettbewerbskonform verhalten hat.

Auch die Information, wie ein derartiges Verfahren vor dem Kartellgericht ausgegangen ist, darf der Öffentlichkeit nicht vorenthalten werden. § 10b Abs 3 sieht hierfür vor, dass Entscheidungen nach deren Erscheinen im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlicht werden. Im Rechtsinformationssystem werden aber zwingend nur Entscheidungen des KOG veröffentlicht. Die Veröffentlichung von rechtskräftigen, erstinstanzlichen Entscheidungen obliegen aber dem Ermessen des jeweiligen Senatsvorsitzenden. Eine Veröffentlichungspflicht ist hierbei aber nicht vorgesehen. Nach Ansicht der AK sollte daher auf rechtskräftige Entscheidungen abgestellt werden, auch wenn diese nicht im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlicht wurden. Auch bei der Entscheidungsveröffentlichung sollte der Grundsatz der Namensnennung gelten.

### **Zusammenschlussanmeldungen**

Nach dem Entwurf des Kartellgesetzes 2005 ist vorgesehen, dass Zusammenschlussanmeldungen direkt bei der Bundeswettbewerbsbehörde vorzunehmen sind. Das Kartellgericht erfährt erst dann von einem Zusammenschluss, wenn die Prüfung desselben von den Amtsparteien beantragt wurde. Welche Informationen dem Kartellgericht für diesen Fall zugehen müssen, damit die Aufgaben auch wahrgenommen werden können, ist nicht geregelt. Insbesondere muss dem Prüfantrag auch die Zusammenschlussanmeldung beigegeben sein, und es müssen dem Kartellgericht auch alle anderen Erhebungsergebnisse mitgeteilt werden. Dies muss im Wettbewerbsgesetz – respektive im Kartellgesetz – klargestellt werden.

### **Nahversorgungsgesetz**

Zusammen mit dem Wettbewerbsgesetz wurde auch ein Entwurf für eine Novellierung des Nahversorgungsgesetzes ausgesandt. Hierin wird aber lediglich das Antragsrecht der Finanzprokurator aufgehoben und für die Bundeswettbewerbsbehörde sowie den Bundeskartellanwalt ein Antragsrecht geschaffen. Nach Ansicht der AK muss aber das gesamte Nahversorgungsgesetz überarbeitet und an die neuen Rahmenbedingungen der Wettbewerbsorganisationen angepasst werden. So ist zB in § 6 Abs 7 NahVG geregelt, dass das Kartellgericht vor Erlass einer Entscheidung den Paritätischen Kartellausschuss für Kartellangelegenheiten zu hören hat. Dieser Ausschuss wurde mit der Kartellgesetznovelle 2001 bekanntlich aufgelöst und kann daher im Rahmen des Verfahrens gar nicht mehr gehört werden, da weder im NahVG noch anderswo Nominierungsbestimmungen zu finden sind.

Nach Ansicht der AK sind weiters auch Dienstleistungen als Zielsetzung zur Sicherung der Nahversorgung sowie der Wettbewerbsfähigkeit aufzunehmen. Die Versorgung mit Dienstleistungen nimmt den selben Stellenwert ein, wie die Versorgung mit Waren zur Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse des täglichen Lebens. Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen haben, ebenso wie im Handel, dazu geführt, dass es vor allem in ländlichen Gegenden auch bei Dienstleistungen, so insbesondere bei wichtigen Handwerksdienstleistungen, zu einer Ausdünnung des Angebots gekommen ist. Auch hier gilt es, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

## 3.2.2. Die Reform des Handelsgesetzbuches

Helmut Gahleitner

### **Gesetzesentwurf stark verbesserungsbedürftig**

Das Justizministerium hat bereits Ende 2003 einen Begutachtungsentwurf für eine grundlegende Reformierung des Handelsgesetzbuches ausgesandt, zu dem neben einer Vielzahl von Institutionen auch die Arbeiterkammer Stellung genommen hat.<sup>161</sup> Das Gesetzesvorhaben, welches im Jahr 2004 etwas hintangestellt wurde, soll in diesem Jahr in einer Regierungsvorlage münden.

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird eine ganze Reihe von Spezialgesetzen (HGB, ABGB, KSchG, AktG, GmbHG) geändert, wobei die Reform des Handelsgesetzbuches den Schwerpunkt bildet. Ziel des Reformvorhabens ist eine grundlegende Modernisierung des Handelsgesetzbuches durch Schaffung eines einheitlichen Unternehmerbegriffs, Liberalisierung des Firmenrechts, Anpassung des Personengesellschafts- und des Rechnungslegungsrechts sowie Überarbeitung und Vereinfachung der den unternehmerischen Geschäftsverkehr regelnden schuld- und sachrechtlichen Sonderbestimmungen. Mit der Reformierung soll auch eine Umbenennung des Handelsgesetzbuches auf Unternehmensgesetzbuch (UGB) erfolgen.

Die Arbeiterkammer hat den vorliegenden Begutachtungsentwurf abgelehnt, weil das Ziel des Reformvorhabens wegen unverhältnismäßiger Berücksichtigung von Gruppeninteressen nicht erfüllt wird. Außerdem führen die geplanten Änderungen im ABGB (§ 1170 und 1170b) zu deutlichen Verschlechterungen für Letztverbraucher, was von der Arbeiterkammer ebenfalls nicht akzeptiert werden kann.

Aufgrund der derzeit in Ausarbeitung befindlichen Regierungsvorlage sollen nachstehend die zentralen Forderungen für ein neues Unternehmensrecht aus Sicht der Arbeiterkammer nochmals dargestellt werden.

### **Forderungen bzw Vorschläge für ein modernes Unternehmensrecht**

#### **1. Keine Ausnahmeregelungen für Freie Berufe und Land- und Forstwirtschaft**

Die Arbeiterkammer spricht sich klar gegen die geplanten Sonderregelungen für Angehörige der Freien Berufe und der Land- und Forstwirtschaft aus. Dies gilt sowohl für deren Nichteinbeziehung in den neuen Unternehmerbegriff als auch für die Nichtanwendung der handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften (§ 188a Abs 5 UBG) für Freie Berufe und land- und forstwirtschaftliche Unternehmen.

Es ist sehr befremdend, wenn einerseits von ArbeitnehmerInnen laufend mehr Flexibilität gefordert wird und Gewerkschaften, die gegen Eingriffe in bestehende Arbeitsverträge kämpfen, als „Besitzstandwahrer“ diffamiert werden, gleichzeitig aber für bestimmte Berufsgruppen nicht einmal ein zeitgemäßes Unternehmensrecht zur Anwendung kommen sollte.

Gerade die von der EU-Kommission verfolgten Liberalisierungsbestrebungen im Bereich der Freien Berufe (siehe Presse vom 20.11.2003) sind Beleg dafür, dass künftig verstärkt marktorientiertes Ver-

---

<sup>161</sup> Auf der Homepage des Justizministeriums finden sich der Entwurf samt Erläuterungen sowie die hierzu eingegangenen Stellungnahmen (<http://www.bmj.gv.at/gesetzesentwuerfe/index.php?nav=13&id=40>).

halten gefordert wird, und daher Ausnahmeregelungen im Unternehmensrecht für diese Berufsgruppe nicht mehr zu rechtfertigen sind.

Die angeführten Gründe für die Nichteinbeziehung der Freien Berufe, wie etwa hoher Ausbildungsgrad, hohe Fachkenntnisse und höchste „Professionalität“, sind in der Tat kein Ausschließungsgrund, hieße das doch in letzter Konsequenz, dass Unternehmer sich durch mangelnde Professionalität oder Fachkenntnisse auszeichnen. Auch dass Verschwiegenheit einen Ausschließungsgrund für die Unternehmereigenschaft darstelle, ist schwer nachvollziehbar.

Als Freie Berufe werden in den Erläuterungen (S 21) vor allem solche Berufe verstanden, die überwiegend wissenschaftlichen, künstlerischen, religiösen, sozialen, lehrenden, heilenden oder rechtswahrenden Charakter haben. Eine Aufrechterhaltung der Ausnahmebestimmung würde daher auch eine Reihe von Abgrenzungsfragen in Bezug auf die Einordnung der einzelnen Tätigkeiten stellen.

Auch für land- und forstwirtschaftliche Unternehmungen sind Sonderregelungen nicht vertretbar. Warum ein Holz verarbeitendes Unternehmen oder ein landwirtschaftlicher Betrieb mit quasi industrieller Produktion nicht dem Unternehmerbegriff unterliegen soll, ein kleiner Schuhmacher aber schon, entbehrt jeder Logik. Im Übrigen stehen Land- und Forstwirte oftmals im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, wie etwa beim Lebensmittelverkauf, bei der Zimmervermietung, beim Betrieb von Sägewerken oder Gärtnereien, sodass auch aus diesem Grund eine Ausnahme nicht gerechtfertigt ist.

Da die Rechnungslegungspflicht erst ab den im § 188a Abs 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) definierten Schwellenwerten vorgesehen ist (Umsatz € 600.000,-- bzw 5 Beschäftigte im Jahresdurchschnitt), bleiben kleine Unternehmungen von der Verpflichtung zur Rechnungslegung ohnehin ausgenommen.

Die Arbeiterkammer fordert daher die Aufhebung der Sonderbestimmungen für die genannten Berufsgruppen und spricht sich auch gegen eine Wahlmöglichkeit (opting-in) für die genannten Berufsgruppen aus.

## **2. Neuer Unternehmensbegriff nicht auf alle Körperschaften anwendbar**

Im Mittelpunkt der Handelsrechtsreform steht die Aufgabe des stark gegliederten Kaufmannsbegriffs (§§ 1 – 7 HGB). Der Anwendungsbereich des UGB soll an den Betrieb eines Unternehmens geknüpft werden, wobei die Grundlage für die Definition des Unternehmensbegriffes § 1 KSchG darstellt.

Die Arbeiterkammer befürwortet grundsätzlich das Vorhaben, den Anwendungsbereich des UGB (derzeit noch HGB) an das Betreiben eines Unternehmens zu knüpfen. Es erscheint allerdings widersprüchlich, jede „professionelle“ Tätigkeit (siehe Seite 6 der Erläuterungen) mit der Zugehörigkeit zum Begriff des „Unternehmers“ gleichzusetzen und gleichzeitig aber klar gewinnorientierte Unternehmen, wie die Freien Berufe oder land- und forstwirtschaftliche Unternehmen, aus dem Unternehmensbegriff auszuklammern.

Die Herausnahme der Gewinnorientierung als Wesensmerkmal für die Unternehmereigenschaft sollte insbesondere in Verbindung mit § 6 UGB noch einmal überdacht werden. Öffentliche Schulen, Krankenhäuser, Länder, Kammern, ideelle Vereine im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Unternehmer (Einzelunternehmer) zu qualifizieren, erscheint nicht sachgerecht, weshalb für bedarfswirtschaftliche Organisationen und Körperschaften öffentlichen Rechts klare Ausnahmebestimmungen gefordert werden. Dies gilt auch für die Rechnungslegung, zumal viele Körperschaften öffentlichen Rechts sich der Kameralistik bedienen und schon allein aus diesem Grund die handelsrechtlichen Rechnungslegungsbestimmungen nicht zur Anwendung kommen können.



### **3. Eintragungspflicht ins Firmenbuch für Einzelunternehmer bei Vorliegen der Rechnungslegungspflicht**

Einzelunternehmer sollten bei Überschreiten bestimmter Größenkriterien (zB bei Überschreiten der Rechnungslegungsschwellen) sehr wohl firmenbuchrechtlich erfasst werden. Die damit verbundene Publizität (Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, siehe § 14 UGB) dient wesentlich der Sicherheit im Geschäftsverkehr. Es ist bereits jetzt für Gläubiger oft schwierig aufgrund mangelnder Angaben den tatsächlichen Unternehmer zu ermitteln. Die vorgeschlagene Regelung, die zudem für Einzelunternehmen sogar ein Recht auf Löschung bei bereits bestehender Eintragung vorsieht, würde die vorhandenen Probleme noch verschärfen.

Die Arbeiterkammer spricht sich daher für eine deklarative Eintragungspflicht für Einzelunternehmer bei Überschreiten der für die Rechnungslegung vorgeschlagenen Schwellenwerte aus. Im Übrigen ist eine firmenbuchrechtliche Erfassung auch im Zusammenhang mit der geforderten rechtsformunabhängigen Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften, einschließlich der Offenlegung von Jahresabschlüssen, auf Unternehmen ab einer bestimmten Größe (§ 188a UGB) erforderlich (siehe auch Forderung 7).

### **4. Liberalisierung des Firmenrechts darf nicht zu verstärktem Missbrauch führen**

Die Vorschläge zur Liberalisierung des Firmenrechts werden sowohl aus Verbraucherschutzgründen als auch aus Rechtsschutzgründen für Arbeitnehmer als problematisch angesehen. Die Arbeiterkammer spricht sich daher gegen eine Beschränkung des Irreführungsverbots auf „wesentliche“ Täuschungseignung aus. Mit dieser Bestimmung fordert der Gesetzgeber die Unternehmen geradezu auf, es mit dem Irreführungsverbot nicht allzu ernst zu nehmen. Verstärkt wird diese Sichtweise dadurch, dass es nunmehr im Rahmen der Prüfung der Irreführungseignung durch das Firmenbuchgericht auf die „Ersichtlichkeit“ ankommt. Nur für den Fall, dass für den Firmenbuchrichter „ohne umfangreiche Beweisaufnahme“ die Täuschungsabsicht hervorgeht, darf eingeschritten werden. Damit werden verfahrensökonomische Interessen über einen wirksamen Schutz der angesprochenen Verkehrskreise und somit auch über einen wirksamen Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz gestellt.

Ebenso gehen die Möglichkeit der Bildung von „Fantasienamen“, die Fortführung bei Namensänderung (§ 21, 24 UGB) sowie die in § 29 UGB deutlich reduzierten Unterscheidungsmöglichkeiten, die insbesondere die Bildung von Scheinfirmen erleichtern, zu Lasten eines effizienten Konsumenten- und Arbeitnehmerschutzes.

Die vorgeschlagene Liberalisierung des Firmenrechts bedarf daher effizienter Sanktionen für den Missbrauchsfall. Der Verweis auf das Wettbewerbsgesetz ist nicht zielführend, da Konsumenten und Arbeitnehmer keine Klagslegitimation im Rahmen des Wettbewerbsgesetzes haben. Es wird deshalb gefordert, bei Nichteinhaltung des Irreführungs- und Verwechslungsverbots gemäß § 18 UGB eine entsprechende Haftung für den daraus entstehenden Schaden und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit vorzusehen. Die in § 19 des Entwurfs festgelegten zwingenden Rechtsformzusätze werden hingegen ausdrücklich begrüßt.

### **5. Verpflichtende Angabe des Kapitals bei Geschäftspapieren und Bestellscheinen**

Nach Auffassung der Arbeiterkammer sollte die fakultative Angabe des Kapitals in § 14 Abs 2 des Entwurfs als normative Angabe vorgesehen werden. Es wird darin eine wichtige Maßnahme für den Gläubigerschutz gesehen, weil Unternehmen, die sich im Graubereich des Wirtschaftslebens bewegen (zB Spekulationsgesellschaften, Scheinfirmen, unseriöse Subunternehmen), zumindest hinsichtlich ihrer Kapitalausstattung Farbe bekennen müssen. Für seriöse Kapitalgesellschaften, die sich redlich bemühen, sollte die Angabe des Kapitals (Nominalbeträge) keinen großen Aufwand darstellen. In die-

sem Zusammenhang wird auch auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit verwiesen. Sollten britische Gesellschaften, die oftmals ohne Eigenkapital gegründet werden, verstärkt grenzüberschreitend tätig werden, so wäre auch aus diesem Grund eine Angabe über die Höhe des Kapitals eine wichtige Information für den Geschäftsverkehr.

## **6. Mindesthöhe für das feste Kapitalkonto von Personengesellschaften und Aufsichtsratspflicht für große Personengesellschaften**

Grundsätzlich wird die Reform der Personengesellschaften positiv bewertet, weil sie zur Steigerung der Attraktivität dieser Rechtsform beiträgt.

Das im § 109a Abs 4 UGB vorgeschriebene feste Kapitalkonto der einzelnen Gesellschafter einer Personengesellschaft wird grundsätzlich positiv bewertet. Allerdings sollte aus Gründen der Insolvenzprophylaxe eine Mindesthöhe für das feste Kapitalkonto einer offenen Personengesellschaft (OPG) bzw Kommanditgesellschaft (KG), ähnlich dem Grundkapital einer AG bzw Stammkapital einer GmbH, vorgesehen werden. Die Höhe der Mindestausstattung des festen Kapitalkontos könnte sich auf € 15.000,-- belaufen, womit auch die persönliche Haftung natürlicher Personen berücksichtigt würde (zum Vergleich: das Stammkapital der GmbH beträgt € 35.000,--, wovon zumindest die Hälfte aufgebracht werden muss).

Für große Personengesellschaften wird die Einrichtung eines Aufsichtsrats für sinnvoll erachtet. Analog zur GmbH-Regelung sollte bei 300 bzw 500 Beschäftigten im Jahresdurchschnitt ein Aufsichtsrat verpflichtend eingerichtet werden. Bei Gesellschaften ab einer bestimmten Größe ist es gerechtfertigt und auch wirtschaftlich sinnvoll, dass Arbeitnehmer im Sinne eines unternehmerischen Kooperationsmodells in die Corporate Governance eingebunden sind. Außerdem hat der Aufsichtsrat durch die gesetzlich festgeschriebene Überwachungstätigkeit eine wichtige Funktion im Rahmen der Krisenfrüherkennung und dient somit dem Gläubigerschutz.

Werden Sacheinlagen in die Personengesellschaft eingebracht, so sollte deren Wert keinesfalls von den Gesellschaftern geschätzt werden können, sondern der Wert von Sacheinlagen ist von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer festzustellen. Auch die Jahresabschlüsse von Personengesellschaften dienen oft als Grundlage für die Kreditgewährung und müssen daher ein möglichst genaues Bild der Vermögenslage wiedergeben. Falsche Angaben über den tatsächlichen Wert der eingebrachten Sacheinlagen könnten zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Gläubiger, insbesondere der Lieferanten und Kreditgeber führen, weil die persönliche Haftung der Gesellschafter oftmals nur begrenzt gegeben ist.

## **7. Rechtsformunabhängige Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften**

Eine moderne Handelsrechtsreform sollte jedenfalls die rechtsformunabhängige Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften enthalten. Die Arbeiterkammer hat daher ihre bereits im Rahmen der Rechnungslegungsreform aufgestellte Forderung erneuert, dass Unternehmungen ab einer bestimmten Größe (siehe vorgeschlagene Schwellenwerte gemäß § 188a UGB) unabhängig von ihrer Rechtsform dieselben Rechnungslegungsvorschriften anwenden müssen. Der derzeit nur für Kapitalgesellschaften einschließlich GmbH & Co KG geltende zweite, dritte und vierte Abschnitt des dritten Buches (Rechnungslegung, Konzernrechnungslegung, Abschlussprüfung und Offenlegung) sollte demnach auch für Personengesellschaften und Einzelunternehmungen zur Anwendung kommen. Bei Unternehmen ab einer bestimmten Größe besteht insbesondere von Seiten der Gläubiger ein verstärktes Interesse nach qualifizierter Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung – und zwar unabhängig von der Rechtsformwahl.

Das Argument der persönlichen, uneingeschränkten Haftung der Gesellschafter bei den klassischen Personengesellschaften sowie Einzelunternehmungen, welches immer wieder als Grund für die beschränkte Rechnungslegungs- und Prüfungspflicht genannt wird, ist angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von Privatstiftungen nicht mehr zutreffend. Praktisch jedes größere Privatvermögen wird in Privatstiftungen eingebracht, und es steht den Gläubigern letztlich nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds zur Verfügung. Dieser Umstand erfordert einen Handlungsbedarf und rechtfertigt die vorgeschlagenen Maßnahmen.

## **8. Persönliche Haftung natürlicher Personen ausweiten**

Die Modernisierung des Unternehmensrechts sollte zum Anlass genommen werden, die persönliche Haftung natürlicher Personen den veränderten Rahmenbedingungen anzupassen. Einzelunternehmer und vertretungsbefugte natürliche Gesellschafter von Personengesellschaften sowie Komplementärgesellschafter von KGs haften mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Schulden der Gesellschaft. Diese strengen Haftungsbestimmungen sind oft nur theoretischer Natur, weil – wie bereits angedeutet – das Privatvermögen in Privatstiftungen ausgelagert und damit vor den Gläubigern „in Sicherheit“ gebracht wird. Nach Auffassung der Arbeiterkammer wäre es daher unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt, das Stiftungsvermögen als Haftungskapital heranzuziehen. Insbesondere für den Fall, dass der vertretungsbefugte persönlich haftende Einzelunternehmer bzw. Gesellschafter als Stifter weiterhin wesentlichen Einfluss auf die Stiftung nimmt und de facto die Stiftung beherrscht, sollte auch auf das Stiftungsvermögen im Haftungsfall zurückgegriffen werden können.

## **B) Weitere Forderungen**

### **1. Keine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts bei Verbrauchergeschäfte**

Die geplante Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts (§ 1170 ABGB) beim Werkvertrag stellt eine deutliche Einschränkung der Rechte der Konsumenten dar und wird daher strikt abgelehnt.

Konsumenten haben erfahrungsgemäß nicht nur geringere finanzielle Möglichkeiten, sondern auch eine größere Scheu, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen. Das Zurückbehaltungsrecht ist daher bei Mängeln von bestellten Werken in der Praxis ein wichtiges Mittel der Konsumenten, ohne gerichtliche Geltendmachung den Unternehmer dazu zu bewegen, die Mängel an dem Werk zu beheben, da er erst dann den Rest des Werklohns erhält. Dadurch wird auch die Justiz entlastet.

Im Übrigen wird im Verbrauchergeschäft der Bedarf an einer solchen Regel in Abrede gestellt. In der Praxis werden die Verbraucher regelmäßig durch Anzahlungen bzw. Entgelt für Teilleistungen in die Rolle des Vorleistungspflichtigen gedrängt, so dass starke Belastungen der Wirtschaft als Folge häufiger und exzessiver Nutzung des Zurückbehaltungsrechts keinesfalls festgestellt werden können. Realität ist ungleich öfter der vorleistungspflichtige Verbraucher, der sich bei Bestehen auf seinem Gewährleistungsrecht „Verbesserung“ gegen unzureichende, mehrfache und zögerliche Verbesserungsversuche mangels Zurückbehaltungsrechte schlecht zur Wehr setzen kann.

Es wird daher die Beibehaltung der bisherigen Regelung gefordert, um den Konsumenten das Zurückbehaltungsrecht als taugliches Mittel zu belassen, die Verbesserung von mangelhaften Werken durchzusetzen, ohne die Justiz in Anspruch nehmen zu müssen und damit letztlich ein Kostenrisiko einzugehen. Außerdem findet das geltende Recht ohnehin seine Grenzen im Verbot des Rechtsmissbrauchs und der Schikane nach § 1295 ABGB.

## **2. Beschränkung der gesetzlichen Sicherstellungspflicht bei Bauverträgen auf Unternehmergehäfte**

Für das Verbrauchergeschäft besteht kein Handlungsbedarf in Richtung einer gesetzlichen Sicherstellungspflicht des Werkbestellers bei Bauwerken (§ 1170b ABGB). Der Unternehmer hat es gegenüber dem Verbraucher ohnehin in der Hand, die Vorgaben bezüglich der konkreten vertraglichen Vereinbarungen zu machen und sich dadurch angemessen abzusichern. Regelmäßig finden sich daher in den Verträgen mit Verbrauchern sehr weitgehende Vorausleistungsvereinbarungen sowie Vereinbarungen von umfassenden Sicherstellungen des Werkentgelts zugunsten des Unternehmers.

Die Regelung ist dem Verbraucher auch nicht zumutbar. Verbraucher müssen den Einsatz ihrer finanziellen Mittel schon vorweg bei der Vergabe von Verkaufsträgen abschließend planen und sich darauf verlassen können, dass dieser Finanzierungsplan und die vereinbarten Zahlungsmodalitäten Bestand haben. Da dem Unternehmer das Verlangen einer Sicherstellung und der Zeitpunkt eines solchen Verlangens frei gestellt sind, kann das den Konsumenten unvorhergesehen treffen. Überdies kalkuliert der Konsument seinen Mitteleinsatz regelmäßig ganz knapp, sodass ein Sicherstellungsbegehren des Werkunternehmers ihn vor unlösbare praktische und wirtschaftliche Probleme stellen kann. Der Rücktritt des Unternehmers wäre dann die häufige Folge; der Verbraucher hätte die nachteiligen Folgen zu tragen, wie zB die sofortige Fälligkeit eines der geleisteten Arbeit entsprechenden Teils der Vergütung, einer sich daraus ergebenden Verzögerung des Abschlusses der Arbeiten sowie einen allfälligen Schadenersatz.

In der Praxis sind allerdings häufig Fälle anzutreffen, bei denen die Verbraucher durch den Konkurs des Werkunternehmers in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden. Die AK fordert daher Maßnahmen, die dieses Risiko für den Verbraucher minimieren. Vorgeschlagen wird daher verpflichtend eine Insolvenzversicherung des Werkunternehmers für den Fall, dass das Unternehmen in Konkurs geht. Jedenfalls ist die vorgeschlagene Schutznorm für den Werkunternehmer auf das Unternehmergehäfte zu beschränken.

## **3. Anhebung des Sorgfaltsmaßstabs für Konsumenten nicht gerechtfertigt**

Die Änderungen bei den Bestimmungen der §§ 367, 368 ABGB führen einerseits zu einer Erweiterung der Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs, andererseits soll die Redlichkeit des Erwerbs auch bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden. Die vorgesehene Regelung überspannt den Sorgfaltsmaßstab gegenüber Konsumenten, da ein Konsument bei der Veräußerung oder Verpfändung von Sachen, die zum gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens gehören, zu Recht darauf vertrauen darf, dass er Eigentümer der Sache wird. Es wird daher eine Ergänzung dahingehend gefordert, dass dem Konsumenten im Sinne des KSchG leichte Fahrlässigkeit beim gutgläubigen Erwerb nicht schadet. Eine Anhebung des Sorgfaltsmaßstabs bei solchen betriebstypischen Sachen stellt eine Verschärfung für Konsumenten dar und wird als nicht sachgemäß bewertet.

## **C) Schlussbemerkung**

Die Modernisierung des Unternehmensrechts ist zweifellos eine große inhaltliche wie legislative Herausforderung. Die Hauptkritik seitens der Arbeiterkammer ist darin begründet, dass das Ziel des Reformvorhabens wegen der unverhältnismäßigen Berücksichtigung von Gruppeninteressen nicht erfüllt wird. Dies wird auch von vielen anderen in den Stellungnahmen massiv beanstandet. Die im Entwurf vorgeschlagene Herausnahme der Freien Berufe sowie der Land- und Forstwirtschaft aus dem UGB ist mit einem modernen Unternehmensrecht unvereinbar. Es bedarf daher einer politischen Grundsatzentscheidung. Aus Sicht der Arbeiterkammer kann diese nur lauten, dass Sonderregelungen für Angehörige der Freien Berufe und der Land- und Forstwirtschaft in einem neuen Unternehmensgesetzbuch nicht mehr vertretbar sind.

### 3.2.3. Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 – Die Forderungen der AK zur Stärkung der Corporate Governance

Alfred Kraus

Mit dem Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz sollen der Aufsichtsrat und die AbschlussprüferInnen als wichtige Kontrollinstanzen in Kapitalgesellschaften gestärkt werden. Gleichzeitig setzte sich dieser Gesetzesentwurf einen besseren Schutz von AnlegerInnen durch die unmittelbare Haftung der Organmitglieder vor Schäden durch unrichtige Finanzinformationen zum Ziel.

Grund für diesen Gesetzesentwurf (das Stimmnahmeverfahren ist bereits abgeschlossen) waren die so genannten „Internationalen „Bilanzskandale“ sowie eine einstimmig angenommene Entschließung des Nationalrats vom 29.01.2004 zur Stärkung des Vertrauens in die österreichische Wirtschaft, in der das Bundesministerium für Justiz ersucht wird, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten.

Im Folgenden werden die zentralen Anliegen der AK dargestellt.

#### **Gesetzesentwurf noch verbesserungswürdig**

Die Arbeiterkammer begrüßt gesetzliche Initiativen zur Stärkung der Kontrollinstanzen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer. Der Versuch, die Unternehmenskontrolle durch freiwillige Verpflichtungen etwa in Form des Corporate-Governance-Kodex zu verbessern, muss aus heutiger Sicht als vorerst gescheitert bewertet werden. Ziel des vorliegenden Entwurfs sollte es aus der Sicht der Arbeiterkammer daher viel mehr sein, vorbeugend und verpflichtend für alle Unternehmungen gesetzliche Maßnahmen zu treffen, die so genannte Bilanzskandale mit allen negativen Auswirkungen auf die Arbeitsplätze verhindern. Von diesen Maßnahmen sollen nicht nur börsennotierte Gesellschaften erfasst werden, da der Gläubigerschutz – und nicht alleine der Schutz der Anleger – im Vordergrund steht.

Das Thema „Transparenz“ etwa von Vorstandsbezügen, das sowohl in Deutschland als auch in Österreich derzeit heftig diskutiert wird, findet aber keine Entsprechung in der Novelle. Auch sind aus Sicht der AK sinnvolle Regeln des Corporate-Governance-Kodex zu wenig im Entwurf abgebildet worden.

Weiters wird festgestellt, dass der Entwurf zu einigen Bestimmungen nur zaghafte Änderungen vorsieht, die wohl schwer entsprechende Verhaltensänderungen der angeführten Kontrollinstanzen erwarten lassen (erwähnt sei die viel zu geringe Reduktion von maximal zulässigen Aufsichtsratsmandaten, die sich auf Vorsitzendenmandate bzw auf Aufsichtsratsmandate börsennotierter Unternehmen beschränkt; oder die Beibehaltung von Rechts- oder Steuerberatungsleistungen bei mittelgroßen und kleinen Kapitalgesellschaften im Falle einer Abschlussprüfung).

Unverständlich ist jedoch, dass einige Bestimmungen des HGB – entgegen den behaupteten Intentionen des Gesetzesentwurfs – aufgeweicht werden (zB Verringerung der Haftungsgrenzen für Abschlussprüfer oder Streichung der externen Rotation, wobei als Ersatz eine interne Rotation nur für börsennotierte und große Kapitalgesellschaften vorgesehen wird). Dies wird seitens der Arbeiterkammer strikt abgelehnt.

#### **Forderungen zur Stärkung der Corporate Governance**

Folgende Anliegen sollten aber jedenfalls gesetzlich geregelt werden:

- eine nach dem deutschen Vorbild analoge Regelung, wonach börsennotierte Unternehmen jährlich über die Beachtung des Corporate-Governance-Kodex Auskunft geben müssen.

- Offenlegung der Gehaltspolitik und der individuellen Bezüge der Vorstandsmitglieder – getrennt nach fixen und variablen Bestandteilen – im Jahresabschluss großer Kapitalgesellschaften und börsennotierter Gesellschaften.
- börsennotierte Unternehmen sollten Angaben über Aktionäre mit bedeutenden Beteiligungen (ab 5%) und deren Stimm- und Kontrollrechte sowie Angaben über wesentliche Vereinbarungen (zB Syndikatsverträge) im Firmenbuch veröffentlichen müssen.
- Der Informationswert der Quartalsberichte lässt in vielen Fällen deutlich zu wünschen übrig und sollte daher an die Gliederungsvorschriften des HGB angepasst werden.
- Bilanzfälschungen im großen Stil können nur dann verhindert werden, wenn die Kontrolle verschärft wird. Mit der Errichtung einer eigenen Bilanzkontrollstelle, wie zB der vor kurzem errichteten „Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung“ soll eine dritte Säule institutionalisiert werden, die unabhängig neben den Abschlussprüfern und dem Aufsichtsrat bei der Prüfung von Jahres- und Konzernabschlüssen steht.
- Der Aufsichtsrat von großen oder börsennotierten Gesellschaften sollte regelmäßige Effizienzprüfungen seiner Tätigkeit durchführen (einmal im Jahr) und hierüber der Hauptversammlung (Generalversammlung) berichten.

### **Reduktion von Aufsichtsratsmandaten**

AK-Forderung nach einer stärkeren Reduktion der Aufsichtsratsmandate als im Entwurf vorgesehen: Im Wesentlichen beschränkt sich die vorgeschlagene Reduktion der Aufsichtsratsmandate auf Vorsitzendenmandate sowie auf Aufsichtsratsmandate börsennotierter Gesellschaften, während ansonsten nach wie vor 10 bzw 20 Aufsichtsratsmandate angenommen werden könnten. Dies wird seitens der Arbeiterkammer abgelehnt. Es sollten höchstens 5 Aufsichtsratsmandate bzw – im Falle von Konzernen – höchstens 10 Aufsichtsratsmandate (anstelle von 10 bzw 20) angenommen werden können. Dies sollte allerdings für alle Kapitalgesellschaften (nicht nur für börsennotierte Gesellschaften) gelten. Die doppelte Anrechnung von Aufsichtsrats-Vorsitzendenmandaten laut Entwurf wird begrüßt.

### **Verbot einer so genannten Überkreuzverflechtung**

Die Regelungen zur so genannten Überkreuzverflechtung werden begrüßt. Vorstandsmitglieder von Tochtergesellschaften dürfen nicht gleichzeitig im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft vertreten sein. Oder: Vorstand eines anderen Unternehmens darf nicht im Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaft sein, wenn gleichzeitig im Aufsichtsrat dieses Unternehmens ein Vorstand der Kapitalgesellschaft sitzt. Die im Entwurf vorgesehene Zulassung einer Überkreuzverflechtung ab einer Beteiligung von 10 % wird jedoch abgelehnt.

### **Ausschlussgründe für AbschlussprüferInnen**

Ausschlussgründe für AbschlussprüferInnen werden grundsätzlich begrüßt. AbschlussprüferInnen dürfen im Falle von Befangenheit keinen Prüfungsauftrag übernehmen. AbschlussprüferInnen sollten aber auch bei kleinen und mittelgroßen Kapitalgesellschaften keine Rechts- oder Steuerberatungsleistungen übernehmen dürfen (= Grundsatz der Trennung von Abschlussprüfung und Beratung). Abschlussprüfer sollten außerdem während der letzten 5 Jahre anstelle von 30% höchstens 15% ihrer Gesamteinnahmen vom geprüften Unternehmen bezogen haben dürfen.

## **Externe oder interne Rotation?**

Die AK tritt für die erst vor einigen Jahren eingeführte externe Rotation von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ein. Die Einführung einer internen Rotation und gleichzeitige Beschränkung laut Entwurf auf große und börsennotierte Gesellschaften wird abgelehnt.

## **Mehr Inhalte im Wirtschaftsprüfbericht**

Die Abschlussprüfung sollte deutlicher auf die Unterstützungsfunktion für den Aufsichtsrat ausgerichtet werden. Es wird angeregt, dass im Wirtschaftsprüfbericht jedenfalls zusätzlich zu den derzeit vorgeschriebenen Inhalten über folgende Punkte eingehend berichtet wird:

- Besonderheiten des Jahres- bzw Konzernabschlusses (bilanzpolitische Gestaltungen, Wahlrechte, Ausnutzung von Ermessensspielräumen, Sachverhaltsdarstellungen; Darstellung besonderer Geschäftsvorfälle in den Abschlüssen);
- Überprüfung des internen Kontrollsystems (wie im KonTraG-Gesetz zur Kontrolle und Transparenz) sowie Hinweise auf kritische Einzelsachverhalte betreffend das interne Kontrollsystem im Zusammenhang mit der Rechnungslegung;
- Ergebnisse der Prüfung zu den vom Aufsichtsrat vorgegebenen Schwerpunkten;
- Sämtliche Empfehlungen und Beanstandungen, die im Rahmen der Prüfung abgegeben worden sind und gegebenenfalls im Rahmen eines „Managementletters“ an den Vorstand berichtet worden sind;
- Quantifizierte Darstellung der Prüfungsleistungen im Wirtschaftsprüfbericht (Anzahl der Prüfungsstunden; Stichproben usw);
- Honorar des Abschlussprüfers differenziert nach Prüfungsleistungen und Nichtprüfungsleistungen im Wirtschaftsprüfbericht;
- Angabe im Wirtschaftsprüfbericht, ob sich der Abschlussprüfer einer externen Qualitätskontrolle unterzogen hat.

Der Abschlussprüfer sollte außerdem die Veröffentlichungs- und Offenlegungspflichten des Unternehmens (im Nachhinein) in seine Prüfung miteinbeziehen und der Öffentlichkeit hierüber berichten.

## **Keine niedrigeren Haftungsgrenzen für AbschlussprüferInnen**

Die vorgeschlagene Absenkung der Haftungsgrenzen für die AbschlussprüferInnen und die Aufhebung der Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit wird von der AK abgelehnt. Dies widerspricht den Intentionen des Gesetzesentwurfs, der Stärkung des Vertrauens in die Kontrollinstanz AbschlussprüferInnen.

### 3.2.4. Reform des österreichischen Verwertungsgesellschaftenrechts

Sonja Auer-Parzer

Da es UrheberInnen faktisch unmöglich ist, mit jedem einzelnen Nutzer Verträge zur Lizenzvergabe abzuschließen, sind sie darauf angewiesen, von Verwertungsgesellschaften vertreten zu werden, die großteils ihre Rechtswahrnehmung übernehmen. UrheberInnen übertragen deshalb ihre Rechte an Verwertungsgesellschaften, die diese Rechte treuhändig verwalten. Die Verwertungsgesellschaften vergeben für interessierte NutzerInnen Lizenzen, heben Lizenzentgelte dafür ein und verteilen die Erlöse an die UrheberInnen. Die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften als Anlaufstelle für die Lizenzvergabe soll jedoch auch NutzerInnen einen leichteren und kostengünstigeren Zugang zum Repertoire ermöglichen und damit den Rechtsverkehr vereinfachen.

Die Regulierungsstrukturen des österreichischen Verwertungsgesellschaftengesetzes (VerwerGesG) stammen aus dem Jahre 1936 und sind im Wesentlichen bis heute unverändert geblieben.<sup>162</sup> Unzulänglichkeiten des Gesetzes wurden immer wieder aufgegriffen.<sup>163</sup>

Erste Schritte für konkrete Reformbestrebungen seitens des Bundesministeriums für Justiz fanden ihren Niederschlag in einer Enquete im Februar 2003.<sup>164</sup> Unmittelbar vor der Enquete erschien eine Studie des IHS über die Optimierung der Verwertung von Urheberrechten,<sup>165</sup> die ua auch die derzeit stattfindende Tarifpraxis kritisierte. Zahlreiche weitere Reformpunkte standen auch beim Arbeitskreis Urheberrecht in Krems<sup>166</sup> zur Diskussion<sup>167</sup>. Folgende Themen spielen in der Diskussion rund um eine Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts eine wesentliche Rolle: Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften und Kontrolle der Tarifbildung, Transparenz, Staatsaufsicht, Streitschlichtungsmechanismen, Rechtsform, Willensbildung in der Organisation und Rechte der UrheberInnen gegenüber den Verwertungsgesellschaften.

#### **Position der Arbeiterkammer**

Verwertungsgesellschaften haben in Österreich Monopolstellung. Das heißt, es wird eine Betriebsgenehmigung nur dann an eine Verwertungsgesellschaft erteilt, wenn noch keine andere genehmigte Verwertungsgesellschaft im selben Bereich tätig ist. In dieser Monopolstellung liegt jedoch auch die Gefahr der Ausnützung dieses Machtpotenzials, einerseits gegenüber den UrheberInnen (zB durch Auferlegung unverhältnismäßiger Vertragsbestimmungen in den Wahrnehmungsverträgen), andererseits auch gegenüber den NutzerInnen (zB durch Verweigerung einer Lizenzierung oder Vorschreibung unverhältnismäßig hoher Tarife). Ziel eines Verwertungsgesellschaftengesetzes sollte deshalb der Schutz der UrheberInnen, NutzerInnen und KonsumentInnen sein. Das Monopolpotenzial rechtfertigt eine besondere staatliche Kontrolle, eine Regulierung des Tarifwesens, Regelungen zur Transparenz und eine Stärkung der Rechte der UrheberInnen gegenüber den Verwertungsgesellschaften.

Aus Sicht der Arbeiterkammer werden die aktuellen Regeln zum Verwertungsgesellschaftenrecht für nicht ausreichend gehalten, um diesen Erfordernissen gerecht zu werden und die erforderliche Kontrol-

---

<sup>162</sup> Eine wesentliche Ergänzung erfolgte mit der Urheberrechtsnovelle 1980 BGBl 1980/321 idF BGBl 1986/375; BGBl 1989/612 und BGBl 1996/151.

<sup>163</sup> So zB Digitale Wirtschaft, Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen Nr 79, 2001, 75 ff und 169.

<sup>164</sup> Enquete des Bundesministeriums für Justiz zur Evaluierung des Reformbedarfs im österreichischen Verwertungsgesellschaftenrecht am 20.2.2004 in Wien.

<sup>165</sup> Helmenstein/Kuschej/Graf/Paterson/Henning, Optimierung der Verwertung von Urheberrechten. Theorie und Praxis der Tarifgestaltung. Studie im Auftrag der WKÖ; Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, Februar 2004.

<sup>166</sup> Tagung des Arbeitskreises Urheberrecht in Krems an der Donau (12.3.-13.3.2004).

<sup>167</sup> Zu den unterschiedlichen Standpunkten vgl Reform des Verwertungsgesellschaftenrechtes, MuR, Beilage zu Heft 2/04.



le und Transparenz zu garantieren. Eine Neugestaltung des Verwertungsgesellschaftenrechts muss deshalb folgende Schwerpunkte zum Inhalt haben:

- Schaffung eines effizienten und wirksamen Aufsichtswesens
- Regulierung der Tarife
- Vorschriften, die ein transparentes Handeln der Verwertungsgesellschaft sowohl gegenüber den UrheberInnen als auch nach außen gewährleisten
- Stärkung der Rechte der UrheberInnen

Eine Neugestaltung des Aufsichtswesens für eine effiziente und wirksame Kontrolle der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften schafft Transparenz und dient sowohl den Interessen der UrheberInnen als auch der KonsumentInnen und übrigen NutzerInnen. Die Frage der Festsetzung von Vergütungen und Tarifen für Lizenzen aus urheberrechtlich geschützten Werken betrifft nicht nur die Unternehmen als Nutzer der Lizenzen, sondern auch die KonsumentInnen. In der Regel werden solche Kosten auf die EndverbraucherInnen überwältigt. Unangemessen hohe Tarife und Vergütungen können auch zu Wettbewerbsnachteilen führen, die sich wiederum negativ auf die österreichischen Arbeitsplätze auswirken können. Die Arbeiterkammer fordert jedoch auch eine Stärkung der Rechte der UrheberInnen gegenüber Verwertungsgesellschaften und ist diesbezüglich auch in der Vergangenheit für die Belange der UrheberInnen, deren Position aufgrund einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zu einem Unternehmen (zB Verlag), aber auch zu Verwertungsgesellschaften, mit der Position von ArbeitnehmerInnen vergleichbar ist, eingetreten.

Im Hinblick auf eine Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts ergeben sich folgende Forderungen:

### **1. Neugestaltung des Aufsichtswesens im Sinne einer unabhängigen, effizienten und wirksamen Kontrolle durch eine sachkundige Aufsichtsbehörde unter der Prämisse der Kostengünstigkeit**

Die staatliche Aufsicht wird derzeit durch Staatskommissäre wahrgenommen, denen sowohl die nötigen Mittel als auch Befugnisse für eine effiziente Kontrolle fehlen. Zur Durchsetzung der Aufsicht muss das Gesetz für die Aufsichtsbehörde abgestufte Mittel vorsehen, die dann je nach Einzelfall wirksam eingesetzt werden können (derzeit steht dem Staatskommissär nur die Ermahnung oder der Entzug der Betriebsgenehmigung zur Verfügung). Für eine wirksame Kontrolle sollten dem künftigen Aufsichtsorgan Aufgaben, wie die Genehmigung der Geschäftsbedingungen zu den Wahrnehmungsverträgen, die Genehmigung der Organisationsvorschriften der Verwertungsgesellschaften, der Verteilungsregeln, der Richtlinien zu den Sozial- und Kulturfonds oder anderer, für die UrheberInnen verwalteten, Fonds zukommen. Eine wesentliche Aufgabe für den Gesetzgeber liegt jedoch auch darin, durch entsprechende Vorschriften Sorge zu tragen, dass die Verwertungsgesellschaften nach den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie Effizienz vorgehen. In diesem Zusammenhang sollte auch vorgesehen werden, dass durch die Aufsicht eine entsprechende Kontrolle über die Gebarung nach diesen Prinzipien stattfindet.

### **2. Regulierung der Tarife und Vergütungen, Einbeziehung der KonsumentInnenseite in Form von Anhörungs- und Antragsrechten für die AK**

Verwertungsgesellschaften haben in ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich eine Monopolstellung inne. Derartige Marktpositionen können gerechtfertigt sein: Zweck der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften ist die Sicherung des Entgelts der UrheberInnen – ein Zusammenschluss in einer derartigen Gesellschaft soll ihr Verhandlungsgewicht gegenüber der mächtigen Verwertungsindustrie stärken. Um jedoch zu verhindern, dass diese Monopolstellung ausgenützt wird, sind eine effektive Regulierung

und Missbrauchsaufsicht unbedingt erforderlich. Dies betrifft insbesondere auch die Tarife für die Erteilung von Werknutzungsbewilligungen und die Vergütungen (zB Leerkassettenvergütung). Derzeit können diese Entgelte in Gesamtverträgen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den öffentlich-rechtlichen Berufsorganisationen (Wirtschaftskammer) ausverhandelt werden. VertreterInnen der KonsumentInnen sind in diesen Verhandlungsprozess nicht eingebunden, obwohl in diesen Verhandlungen nicht nur die Interessen der UrheberInnen und Unternehmen als Nutzer berührt werden, sondern massiv auch jene der KonsumentInnen. Auf diese werden die Kosten für die Lizenzen in der Regel überwältigt. Daneben haben die Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit, Tarife durch Kundmachung „autonom“ festzulegen.

Das Gesetz sieht grundsätzlich „angemessene“ Tarife vor, lässt aber durch diesen weiten Begriff den Verwertungsgesellschaften einen großen Spielraum offen. Die derzeitige staatliche Aufsicht ist aufgrund ihrer Konstruktion nicht in der Lage, eine effektive Kontrolle hinsichtlich der Angemessenheit der Tarife durchzuführen.

Sowohl „autonome Tarife“ als auch die Berechnung der Sätze über die Höhe einer angemessenen Vergütung bzw des angemessenen Entgelts für Werknutzungsrechte sollten der Kontrolle durch die staatliche Aufsicht unterliegen.

Die heutige Wissensgesellschaft erfordert einen raschen und erschwinglichen Zugang zu (urheberrechtlich geschützten) Informationen für alle Bevölkerungsgruppen. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, ist eine moderne Regulierungsbehörde, in der die Interessen aller MarktteilnehmerInnen – auch jener der KonsumentInnen – berücksichtigt werden, dringend erforderlich. In diesem Zusammenhang erachtet die Arbeiterkammer es auch für notwendig, dass ihr als Konsumentenvertretung vom Gesetz grundsätzlich neben den Nutzerorganisationen (WKÖ) entsprechende Anhörungs-, Stellungnahme-, und Antragsrechte eingeräumt werden.

### **3. Veröffentlichungspflichten zur Schaffung von Transparenz**

Folgende Unterlagen der einzelnen Verwertungsgesellschaften müssen öffentlich zugänglich sein:

Betriebsgenehmigung, Organisationsvorschriften, allgemeine Geschäftsbedingungen zu den Wahrnehmungsverträgen, Verteilungsregeln, Gegenseitigkeitsverträge und Satzungen, („autonome“) Tarife, Gesamtverträge, Richtlinien für Sozial- und Kulturfonds, Jahresabschlüsse und Tätigkeitsberichte, Mitgliederlisten.

### **4. Stärkung der Rechte der Bezugsberechtigten gegenüber den Verwertungsgesellschaften**

UrheberInnen haben nur die Möglichkeit einen wesentlichen Einkommensteil dadurch zu erlangen, dass sie den von der Verwertungsgesellschaft vorformulierten Wahrnehmungsvertrag unterschreiben. Sie kommen damit in die gleiche Situation wie jemand, der mit allgemeinen Geschäftsbedingungen konfrontiert wird. So kann das Interesse der Verwertungsgesellschaften, über möglichst viele Rechte verfügen zu können, zu einer übermäßigen Kollektivierung der Rechte führen. Das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und den UrheberInnen wird derzeit nur durch die „Angemessenheitskontrolle“ näher bestimmt. Es handelt sich dabei um einen vom Gesetzgeber nicht näher bestimmten Begriff, so dass den Verwertungsgesellschaften im Hinblick auf ihre Monopolstellung und den Umstand, dass die einzelnen UrheberInnen auf ihre Vertretung zur Rechtewahrnehmung angewiesen sind, ein weiter Gestaltungsspielraum bei Festlegung dieser angemessenen Bedingungen offen steht. Nähere gesetzliche Vorgaben zum Innenverhältnis zwischen UrheberInnen und Verwertungsgesellschaften mögen zwar die Privatautonomie einschränken, sind jedoch notwendig und müssen zum Schutz der UrheberInnen vor einer unberechtigten Kollektivierung der Rechte gehen. Eine Stärkung der Rechts-

position der UrheberInnen ist deshalb insbesondere im Hinblick auf die Rechte aus dem Wahrnehmungsvertrag (zB Möglichkeit einer separaten Rechteübertragung), aber auch in Bezug auf die Organisationsvorschriften, die Kontrolle über die Verteilung der Erlöse aus der Vergabe von Lizenzen und die Verwendung der Mittel aus Sozial- und Kulturfonds geboten und sollte durch spezielle Informationspflichten der Verwertungsgesellschaft gegenüber den UrheberInnen ergänzt werden.

Das Bundesministerium für Justiz stellt die Aussendung eines Begutachtungsentwurfs zu einem neuen Verwertungsgesellschaftengesetz (Verwertungsgesellschaftengesetz 2005) für Mitte März 2005 in Aussicht. Eine Darstellung dieses neuen Gesetzes bzw eine Analyse der einzelnen Bestimmungen ist für den Wettbewerbsbericht 2006, Teil 1 vorgesehen.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> Da die Aussendung des Gesetzesentwurfes erst nach Redaktionsschluss erfolgt, kann in dieser Ausgabe der Inhalt dieses neuen Gesetzesvorschlages leider noch keine Berücksichtigung finden.

# 4. ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE

## 4.1. Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU

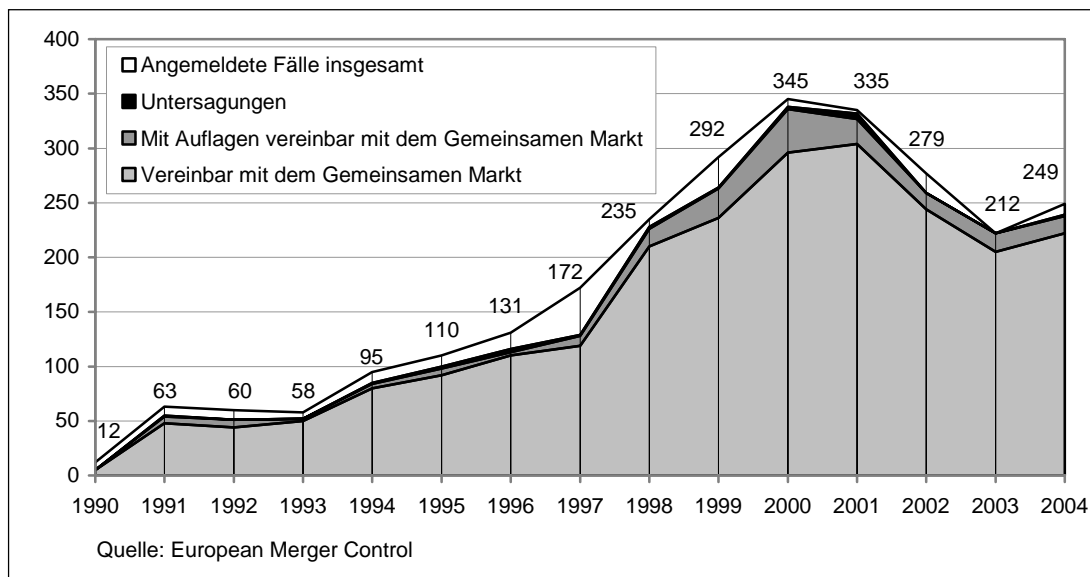
Vera Lacina

Im Jahr 2004 wurden insgesamt 249 Zusammenschlussvorhaben (2003: 212) bei der European Merger Control angemeldet. Damit hat erstmals seit dem Jahr 2000 die Fusionstätigkeit wieder zugenommen, und zwar um 17,4% gegenüber dem Vorjahr.

238 Zusammenschlüsse (2003: 222) wurden als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigt – davon 16 unter Auflagen (2003: 17). Nur ein angemeldeter Zusammenschluss (Energias de Portugal und der italienische Energiekonzern ENI wollten gemeinsame Kontrolle über Gás de Portugal erwerben) wurde in diesem Zeitraum untersagt (2003: Keine Untersagung).

Auch nach Meldungen der KPMG<sup>169</sup> wurde bis November 2004 ein weltweiter Anstieg der Fusionen und Übernahmen verzeichnet. Danach stieg die Anzahl der Transaktionen um 10% (auf 18.481 weltweit), der Wert lag mit 1.536 Mrd USD um 46,7% gegenüber dem Vergleichszeitraum des Vorjahres (1.047 Mrd USD). Unter den größten Zusammenschlüssen wurden beispielsweise jene von Sanofi-Synthelabo und Aventis, JP Morgan Chase und Bank One sowie Cingular Wireless und AT&T Wireless Services genannt. Nach Regionen betrachtet ergab sich nach KPMG-Angaben für den asiatisch-pazifischen Raum eine Zuwachsrate von 53% bezogen auf den Transaktionswert und 30% gemessen an der Anzahl der Deals. Den höchsten Wertzuwachs im abgelaufenen Jahr erzielte nach Meldung der KPMG Amerika: Das Gesamtvolumen stieg um 61%, dagegen nahm die Zahl der abgeschlossenen Transaktionen im Jahresvergleich um nur 16% zu. In den Regionen Europa, Mittlerer Osten und Afrika erhöhte sich der Wert der abgeschlossenen Transaktionen um 23%, die Anzahl stagnierte auf dem Niveau des Vorjahres.

Abbildung 2: Entscheidungen der European Merger Control 1990-2004



169 Presseausendung der KPMG vom 13. Dezember 2004

## 4.2. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen

Vera Lacina

Die nachfolgenden Textpassagen basieren auf den veröffentlichten Entscheidungen der European Merger Control und wurden den Amtsblättern der Europäischen Gemeinschaften entnommen. Ergänzt wurden die Informationen durch Unternehmens- und Zeitungsberichte und die Compass-Firmenbuch-Datenbank.

Genauere Beschreibungen sind auch auf der Homepage der Europäischen Union unter der Adresse <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/> abrufbar.

### **HOGG ROBINSON / KUONI<sup>170</sup>**

Der britische Spezialist für Beratungsdienstleistungen für Unternehmen Hogg Robinson plc (kontrolliert von Schröder Ventures Ltd) übernimmt den Bereich Business Travel (BTI Central Europe – Geschäftsreisen) der Kuoni-Gruppe. Dies betrifft die Unternehmen „Kuoni Geschäftsreisen AG“ (Schweiz), Kuoni Reisen Beteiligungs-GmbH (Deutschland), BTI Business Travel International Deutschland GmbH (Deutschland), „Kuoni Geschäftsreisen GmbH“ (Österreich) und Kuoni Utazasi Iroda Kft (Ungarn). Der Kuoni-Konzern zieht sich aus dem Geschäftsreise-Markt zurück und konzentriert sich ausschließlich auf Ferienreisen. Das Netzwerk Business Travel International (BTI) ist ein weltweit tätiger Verbund für Geschäftsreisen. Er wird in jedem Land exklusiv von einem Unternehmen vertreten. Kuoni repräsentierte BTI in der Schweiz, in Deutschland, Österreich, Ungarn, Liechtenstein und Indien. Bei Kuoni verbleibt BTI India (Geschäftsreisedivision für Indien) und die Touristiksparte in Deutschland (Euro Lloyd Urlaubsreisen).

### **ANGLO AMERICAN / BAUERNFEIND<sup>171</sup>**

Anglo American Plc erwirbt über ihre Tochter Mondi Packaging Holding AG alle Anteile am österreichischen Papier- und Verpackungshersteller Roman Bauernfeind Holding AG. Mondi Packaging ist ein Schwesterunternehmen von Frantschach und Neusiedler. Im Tausch gegen die Roman Bauernfeind-Aktiva erhält die Bauernfeind Stiftung 5,3 Mio Aktien der Anglo American. Die Familie Bauernfeind wird ihr Verarbeitungswerk Alpirsbach (Deutschland) aus der Gruppe herauslösen und selbst weiterführen. Die Roman Bauernfeind-Gruppe besteht aus einem Verbund von Papier- und Wellpappefabriken in Deutschland, Belgien, Österreich, Polen, Italien, der Schweiz und China.

### **UTC / LINDE KÄLTETECHNIK<sup>172</sup>**

Das US-amerikanische Unternehmen United Technologies Corporation übernimmt direkt (auch in Österreich) und indirekt (über die Carrier Corporation) alle Gesellschaften der Linde Kältetechnik von der deutschen Linde AG, die sich künftig auf die ertrags- und wachstumsstarken Bereiche Gas und Engineering sowie Material Handling konzentrieren will. Linde Kältetechnik ist die Nummer 1 im europäischen Markt für Gewerbekältetechnik.

---

170 Entscheidung der Kommission vom 29.01.2004 (Fall COMP/M.3358)

171 Entscheidung der Kommission vom 04.02.2004 (Fall COMP/M.3359)

172 Entscheidung der Kommission vom 12.07.2004 (Fall COMP/M.3380)

### **UNIQA / MANNHEIMER<sup>173</sup>**

Die österreichische Uniqa Versicherungen AG ist in den Bereichen Schadens-, Lebens- und Rückversicherung, die deutsche Mannheimer Holding AG (MAG) ist vor allem im Schadensbereich und – in geringem Umfang – in den anderen beiden Geschäftsfeldern tätig. MAG hat massive wirtschaftliche Schwierigkeiten, die im Wesentlichen aus der Verlustübernahme bei der Mannheimer Lebensversicherung AG, aus Abschreibungen auf Kapitalanlagen sowie aus Kosten für die Restrukturierung des Konzerns resultieren. UNIQA, die bereits 19,6% an der MAG hält, hat sich bereit erklärt, der Gesellschaft das nötige Eigenkapital in Form einer Kapitalerhöhung bereitzustellen und erhöht ihre Beteiligung auf 87,16%.

### **VOESTALPINE AG / NEDCON GROEP N.V.<sup>174</sup>**

Die österreichische voestalpine AG hat im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots 97,26% des Stammkapitals des niederländischen Lagertechnik-Konzerns Nedcon Groep N.V. erworben. Mit der Akquisition will die voestalpine-Division Profilform den Bereich Lagertechnik, in dem schon bisher die voestalpine Krems Finaltechnik GmbH tätig ist, weiter ausbauen und damit ein international führender Anbieter in diesem Segment werden. Nedcon stellt die logische horizontale Ergänzung für die voestalpine Krems Finaltechnik dar, wobei sich Produktportfolio und Märkte der beiden Unternehmen in hohem Maße ergänzen und kaum überschneiden.

### **MAGNA / NEW VENTURE GEAR<sup>175</sup>**

Der kanadische Konzern (mit starkem Österreich-Bezug) Magna International Inc. (Magna) übernimmt das internationale Geschäft der US-amerikanischen New Venture Gear Inc. (NVG), einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft der DaimlerChrysler Corporation. Das US-Geschäft wurde von einem neuen Gemeinschaftsunternehmen, New Process Gear Inc., erworben, das sich anfänglich zu 80% im Besitz von Magna und zu 20% im Besitz der DaimlerChrysler Corporation befindet. Das europäische Geschäft erwarb Magna direkt. Magna soll den restlichen Anteil von New Process Gear Inc. im September 2007 erwerben. NVG ist ein führender Anbieter von Verteilergetrieben und anderen Antriebsprodukten in Nordamerika mit einem Jahresumsatz im Jahr 2003 von ungefähr 1,5 Milliarden USD. Zu seinen Kunden gehören unter anderem DaimlerChrysler, General Motors, Ford, Volkswagen und Porsche. Diese Transaktion stellt für Magna einen wichtigen Schritt in der Etablierung der neu gebildeten Magna Drivetrain-Gruppe als führender Anbieter von technologisch fortgeschrittenen Vierrad- und Allrad-Antriebssystemen dar. Mit einer starken Präsenz im Herstellungs- und im Entwicklungsbereich, sowohl in Nordamerika als auch in Europa, soll in den kommenden Jahren der Aufschwung im Antriebsaggregat-Geschäft unterstützt werden.

### **UNIQA / CLARIS VITA<sup>176</sup>**

Die österreichische UNIQA übernimmt 80% des Aktienkapitals des italienischen Lebensversicherers Claris Vita von der Veneto Banca. Damit verstärkt UNIQA die Aktivitäten in Italien massiv und verbreitert gleichzeitig sowohl das Spartenangebot als auch die Vertriebswege. Nach der mehrheitlichen Übernahme der Mannheimer AG Holding handelt es sich bei Claris Vita um die – gemessen am Prämienvolumen – bisher zweitgrößte Transaktion der UNIQA-Gruppe außerhalb Österreichs. Die Claris Vita bietet sowohl die klassische Lebensversicherung als auch index- und fondsgebundene Lebensversi-

---

173 Entscheidung der Kommission vom 28.06.2004 (Fall COMP/M.3446)

174 Entscheidung der Kommission vom 10.08.2004 (Fall COMP/M.3483)

175 Entscheidung der Kommission vom 24.09.2004 (Fall COMP/M.3486)

176 Entscheidung der Kommission vom 13.09.2004 (Fall COMP/M.3538)

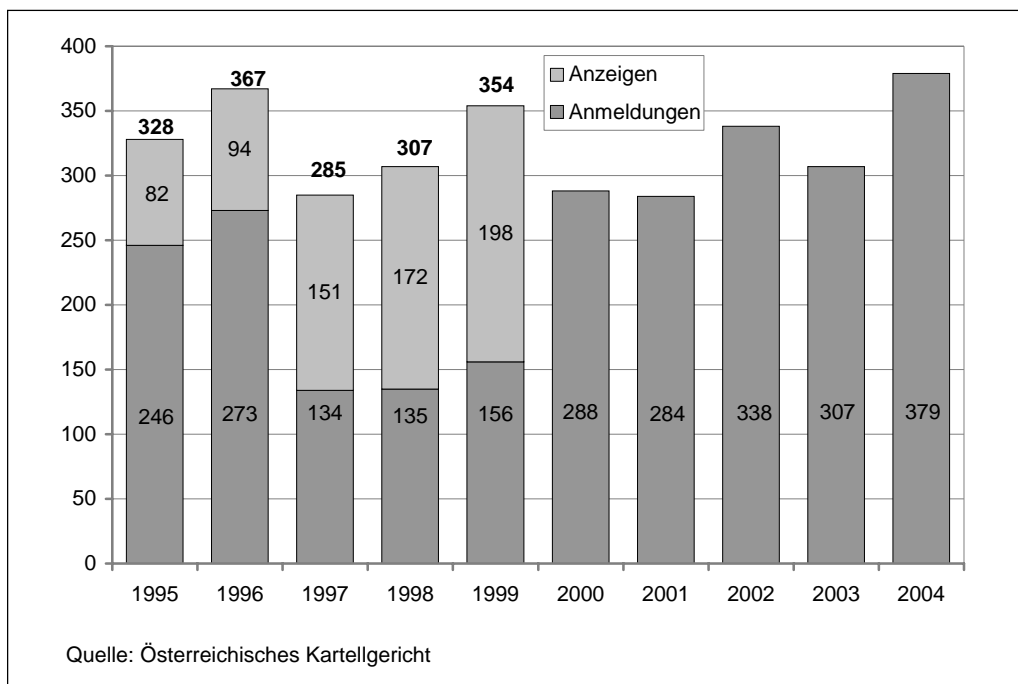
cherungen an. Bisher hat UNIQA im norditalienischen Raum über die Tochterunternehmen UNIQA Assicurazioni (Mailand) und Carnica (Udine) Kranken- und Sachversicherungen angeboten. Die Claris Vita ergänzt die bisherigen Aktivitäten um die Wachstumssparte Lebensversicherung und gibt UNIQA die Möglichkeit, auch in Italien in den Bankenvertrieb einzusteigen. Mit dem bisherigen Haupteigentümer Veneto Banca – der weiterhin 20% Aktienkapital an der Claris Vita halten wird – hat UNIQA unter anderem einen langfristigen Kooperations- und Vertriebsvertrag abgeschlossen, der eine Partnerschaft mit der Veneto Banca-Gruppe sowohl für den Vertrieb der Lebensversicherungsprodukte der Claris Vita als auch für den Vertrieb der Schaden- und Unfallprodukte der Carnica und der Krankenversicherungsprodukte der UNIQA Mailand über die Veneto Banca Gruppe begründet. Gleichzeitig stehen nun auch den Vertrieben der UNIQA-Tochtergesellschaft Carnica und der UNIQA Mailand die Lebensversicherungsprodukte der Claris Vita zur Verfügung.

### 4.3. Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich

Ulrike Ginner, Vera Lacina

In Österreich war im Jahr 2004 – wie auch in der Europäischen Union – ein Anstieg der Zusammenschlüsse zu verzeichnen. Angemeldet wurden insgesamt 379 Zusammenschlüsse nach § 24a KartG, das sind um 72 (bzw 23,5%) mehr als im Jahr davor. Es wurden 18 Prüfungsanträge (2003: 16) und 3 Anträge auf Feststellung einer verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses gemäß § 42a Abs 5 KartG eingebracht.

Abbildung 3: Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich 1995 – 2004<sup>177</sup>



<sup>177</sup> Die Informationen wurden uns dankenswerterweise von Senatspräsident Dr Hermann zur Verfügung gestellt.

# 5. WETTBEWERBSAKTIVITÄTEN DER AK

## 5.1. Aktivitäten in Österreich

### 5.1.1. Bußgeldantrag gegen Grazer Fahrschulen

Dorothea Herzele

Ende Jänner dieses Jahres brachte die Bundeswettbewerbsbehörde gegen fünf Grazer Fahrschulinhaber wegen des Verdachts auf illegale Preisabsprachen einen Bußgeldantrag beim Kartellgericht ein. Damit bestätigte die Behörde den Verdacht der Arbeiterkammer auf mögliche verbotene Preisabsprachen, der bereits im Juli 2004 bei einer bundesweiten Führerschein-Preiserhebung (PKW-Führerschein) in einzelnen Regionen der Bundesländer Steiermark, Kärnten und Salzburg festgestellt und der Bundeswettbewerbsbehörde mitgeteilt wurde. Jedem Kartellmitglied droht nun eine Geldstrafe von bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes.<sup>178</sup> Zusätzlich erstattete die Wettbewerbsbehörde auch Anzeige bei der Grazer Staatsanwaltschaft, da die Ermittlungsergebnisse darauf hinweisen, dass das Preiskartell bereits vor dem 1. Juli 2002 bestand. Kartellverstöße, die vor diesem Zeitpunkt begangen wurden, stellen einen gerichtlichen Straftatbestand dar.<sup>179</sup> Ferner kündigte die Wettbewerbsbehörde an, Hinweise auf weitere verbotene Preisabsprachen in Kärnten und Salzburg zu untersuchen.<sup>180</sup>

#### **Mangelnder Wettbewerb begünstigt Preisabsprachen**

Diese Ergebnisse unterstreichen die Kritik der Arbeiterkammer am mangelnden Wettbewerb im Fahrschulbereich.<sup>181</sup> Ursache hierfür sind Wettbewerbschranken, die sich überwiegend in den einzelnen Gesetzen in Bezug auf Fahrschulen finden. Dazu zählen insbesondere antiquierte Hürden bei der Gründung einer Fahrschule, die neuen Fahrschulen einen fairen Marktzutritt erschweren sowie geringe Preistransparenz, so dass es für FahrschülerInnen nur mit einem sehr hohen Aufwand möglich ist, Preise und Leistungen zu vergleichen.

Grundsätzlich steigt bei nicht ausreichendem Wettbewerb die Gefahr, dass Unternehmen die Preise gemeinsam absprechen (Kollusion) und sich damit dem Preiswettbewerb entziehen. Im Allgemeinen führt Kollusion zu hohen Preisen und geringerem Output der jeweiligen Branche bzw zu schlechterer Qualität der Dienstleistung. Benachteiligt werden dadurch die Nachfrager, also andere Unternehmen und KonsumentInnen.

Gerade im Bereich der Führerscheinausbildung führen wettbewerbschädliche Verhaltensweisen von Fahrschulen zu einer besonderen Problematik: Der Besitz eines PKW-Führerscheins ist nicht nur im Privat-, sondern vor allem im Berufsleben fast ein Muss. Die Führerscheinausbildung ist nur in Fahrschulen möglich.<sup>182</sup> Zwar können sich FahrschülerInnen seit Oktober 2002 die Fahrschule im ganzen Bundesgebiet frei auswählen, diese Möglichkeit wird aber noch zu wenig genutzt, um sich positiv auf

---

178 § 142 Z 1 KartG.

179 § 130 Z 1 KartG 1988 bis zur Fassung BGBl. 2002//62.

180 Vgl: <http://www.bwb.gv.at/>

181 Vgl dazu ausführlicher: „Wettbewerb im Fahrschulwesen?“, Wettbewerbsbericht der AK 2004, S 93 ff.

182 Mit Ausnahme der privaten Führerscheinausbildung, hier ist nur ein Teil der Ausbildung in einer Fahrschule zu absolvieren.



den Wettbewerb auszuwirken. Faktum ist, dass die Führerscheinausbildung in Österreich für Jugendliche und ihre Eltern immer noch eine enorme finanzielle Belastung darstellt.<sup>183</sup> Diese Rahmenbedingungen unterstreichen die Notwendigkeit, im Bereich der Fahrschulen für fairen Wettbewerb zu sorgen – in erster Linie ist hierfür der Gesetzgeber verantwortlich.

Im Falle von Wettbewerbsverstößen – insbesondere bei verbotenen Preisabsprachen – gilt es, strenge Sanktionen zu verhängen.

### **Schadenersatzansprüche bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen**

In einem Preiskartell verhalten sich unabhängige Unternehmen kooperativ, um Preise gemeinsam festzulegen. Sie versuchen also, wie ein Monopolist zu agieren und ihre Gewinne zu maximieren. Den Nachfragern wird dadurch jegliche Möglichkeit entzogen, zwischen unterschiedlichen Preisen zu wählen. Da im Allgemeinen der „Monopolpreis“ hoch ist, kann dem Nachfrager – also einem Konsumenten oder einem Unternehmen – ein finanzieller Schaden aus dieser wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erwachsen.

Das Kartellgesetz sieht daher für Kartellverstöße auch strenge Sanktionen vor: Jedem Kartellmitglied droht eine Geldstrafe von bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes.

Aus konsumentenpolitischer Sicht ist jedoch auch relevant, ob KonsumentInnen bei Wettbewerbsverstößen Schadenersatz zuerkannt bekommen. In den USA basieren rund 90 Prozent aller Kartellverfahren auf Schadenersatzklagen privater Personen, in Europa sind es hingegen weniger als 10 Prozent. Aus diesem Grund forciert die EU-Kommission das so genannte „private enforcement“<sup>184</sup>, also die private Rechtsdurchsetzung bei Kartellverstößen. KonsumentInnen und Unternehmen soll die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, die durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entstanden sind, erleichtert werden. Dies entspricht auch der neueren Judikatur des Europäischen Gerichtshofes.<sup>185</sup>

Sollte das Kartellgericht die Vermutung der verbotenen Preisabsprachen bei den Grazer Fahrschulen bestätigen, könnte sich auch die Frage nach der rechtlichen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen für KonsumentInnen stellen. Die Arbeiterkammer wird daher anhand dieses Falles prüfen, welche Voraussetzungen und Bedingungen erfüllt sein müssen, damit KonsumentInnen ihre Schadenersatzansprüche auch durchsetzen können. Sollten geeignete Fälle vorliegen, erwägt die Arbeiterkammer auch das Führen eines Musterprozesses.

---

183 Im Durchschnitt kostet der Mehrphasenführerschein 1.449 Euro; ein Netto-Monatsverdienst beträgt 1.120 Euro. Quelle: AK-Preisvergleich Juni 2004

184 Dazu ist auch ein Grünbuch in Vorbereitung.

185 Fall *Courage v Bernard Crehan*, Rs C-453/99).

## 5.1.2. Der Zusammenschluss Deko Holding – Tencel Holding Ltd

Roland Lang

### Die beteiligten Unternehmen

Bereits am 4. Mai 2004 hat Lenzing bekannt gegeben, die Unternehmensgruppe Tencel zur Gänze übernommen zu haben. Am 19. Mai 2004 wurde der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der Tencel Holding Ltd (UK) durch die Deko Holding GmbH beim österreichischen Kartellgericht vorsorglich angemeldet. Die Käuferin Deko Holding ist eine Tochtergesellschaft der Lenzing AG. Verkäufer von Tencel ist die zur internationalen Finanzgruppe CVC gehörende Corsadi BV.

Die Lenzing AG steht im Mehrheitseigentum der B & C Holding und ist unter anderem in der Herstellung und dem weltweiten Vertrieb von Zellulosefaserprodukten für textile und nicht textile Anwendungen tätig (Viskose-, Modal- und Lyocell-Fasern). Insgesamt erzielt die Lenzing-Gruppe mit etwa 3.400 Beschäftigten einen weltweiten Gesamtumsatz von rd 620 Mio €. Die Lenzing Lyocell-Faser wird in Heiligenkreuz im Burgenland hergestellt. Mit der Anfang 2004 in Betrieb gegangenen 2. Produktionslinie erhöhte sich die Kapazität auf 40.000 Jahrestonnen, bei einem Mitarbeiterstand von 180 Beschäftigten in der Produktion.

Tencel erwirtschaftete vor der Übernahme mit etwa 350 Mitarbeitern einen Umsatz von 100 Mio €, davon 0,5 Mio € in Österreich – ausschließlich im Bereich der unter dem Markennamen Tencel vertriebenen Lyocell-Fasern. Tencel betreibt je eine Lyocell-Faser-Großanlage in den USA und in Großbritannien, mit einer Gesamtkapazität von rund 80.000 Jahrestonnen.

Anders als 2001, als CVC die Lenzing AG übernehmen wollte und der damalige Fall aufgrund seiner gemeinschaftsweiten Bedeutung von der EU-Wettbewerbskommission geprüft wurde, werden beim vorliegenden Fall die EU-relevanten Grenzen nicht erreicht. Daher wurde bzw wird der Zusammenschluss von den betroffenen jeweiligen nationalen Wettbewerbsinstitutionen geprüft.

Eine Überschneidung der Produktion ergibt sich, wie bereits die kurze Beschreibung zeigt, naturgemäß nur im Bereich der Lyocell-Faser. Als Lyocell bezeichnet man eine Faser, die in einem besonderen Verfahren aus dem Rohstoff Zellulose (diese gewinnt man aus Holz) hergestellt wird. Die Art des Verfahrens führt zu einer vergleichsweise sehr umweltfreundlichen Produktion (grob gesagt: Wasser statt Schwefel als Lösungsmittel) dieser Faser. Die Faser selbst ist wie jede andere Faser durch verschiedene Merkmale gekennzeichnet, die in manchen Anwendungen von Vorteil, in anderen Anwendungen von Nachteil sind. Insbesondere bei der Weiterverarbeitung der Faser traten verschiedene Schwierigkeiten auf. Die beiden Unternehmen entwickelten diese Technologien in den 90-iger Jahren getrennt voneinander zur Serienreife und führten langwierige patentrechtliche Auseinandersetzungen, die schließlich 1998 in einem Vergleich mit wechselseitigem Know-how-Austausch mündeten.

Der Bundeskartellanwalt brachte als Amtspartei einen Antrag beim Kartellgericht ein, den gegenständlichen Zusammenschlussfall näher zu prüfen. Das Kartellgericht vergab in der Folge einen Gutachtersauftrag an das Unternehmen European Economic & Marketing Consultants (EE&MC), um Fragen des relevanten Marktes, die wettbewerbsökonomische Einschätzung des Zusammenschlusses und die volkswirtschaftliche Rechtfertigung zu prüfen.

### Die Aktivitäten der Arbeiterkammer

Die Arbeiterkammer hat nach eigenen Recherchen und der Würdigung der von Lenzing zur Verfügung gestellten Unterlagen und Gutachten, insbesondere auch der Entscheidung des Office of Fair Trading (OFT) zum gegenständlichen Zusammenschlussfall ihr Stellungnahmerecht gemäß § 49 KartG genützt

und eine Stellungnahme an das Kartellgericht abgegeben. Dabei standen folgende Fragestellungen im Vordergrund:

- Sachlich relevanter Markt
- Marktzutrittsschranken
- Volkswirtschaftliche Rechtfertigung und Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit

### **Zu 1. Sachlich relevanter Markt**

Folgt man dem Gutachten von EE&MC, so ist der relevante Markt, der durch den Zusammenschluss betroffen ist, ausschließlich auf die Lyocell-Faser beschränkt – Substitutionsmöglichkeiten durch andere Fasern werden als gering angesehen. Diese in diesem Gutachten vorgenommene, besonders enge Marktabgrenzung wird von der AK für nicht richtig befunden. Der gegenständliche Zusammenschluss wurde auch vom OFT ausführlich überprüft, welches sowohl zu einer gänzlich anderen Marktabgrenzung als auch zu anderen Schlussfolgerungen gekommen ist. Das OFT kommt im Rahmen seiner Prüfung zum Ergebnis, dass sich seit der Untersagungsentscheidung der EU-Kommission (COMP/M 2187-CVC/Lenzing) aus dem Jahr 2001 der Markt insofern geändert hat, als für die Mehrheit der Lyocell-Anwendungsbereiche verstärkt Alternativen in Form von anderen Fasern wie Baumwolle, Viskose, Polypropylen oder Micro Polyester nachgefragt werden.

Dies wird eigentlich auch im Gutachten von EE&MC bestätigt, welches eine Erhöhung der Preiskorrelation zwischen Lyocell und Polyester bzw. Baumwolle seit der EU-Kommissionsentscheidung feststellt. Die Korrelation erhöhte sich demnach von 0,23 für Polyester auf 0,661 bzw. für Baumwolle von 0,6 bis zu 0,766. Es überrascht, dass im Gutachten diesem Umstand wenig Bedeutung zugemessen wurde und darüber hinaus die ermittelten Preiskorrelationen als nicht signifikant dargestellt wurden. Theoretisch würde eine Preiskorrelation von 1 ja bedeuten, dass die Alternativprodukte eine völlig gleichgerichtete Preisentwicklung vorweisen, was theoretisch nur bei vollkommen gleichen Produkten und nur bei identischer Kosten- und Vertriebsstruktur möglich wäre. Vor diesem Hintergrund sind die ermittelten Preisrelationen daher sehr wohl als signifikant einzuschätzen und unterstützen die Aussagen in der OFT-Entscheidung, dass der Markt weiter abzugrenzen ist.

Ein weiteres plausibles Argument für eine breitere Marktabgrenzung stellt die Ertragssituation der Lyocell-Aktivitäten bei den beiden Unternehmen dar. Sowohl das Lyocell-Werk in Heiligenkreuz als auch Tencel haben demnach seit Bestehen ihrer Anlagen beträchtliche Verluste zu verzeichnen. Dies spricht dafür, dass Preiserhöhungen jedenfalls nicht in einem Ausmaß durchgesetzt werden können, wie dies marktbeherrschende Unternehmen tun würden.

Die OFT-Entscheidung kommt deshalb zum nachvollziehbaren Ergebnis, dass Abnehmer im Rahmen ihrer Verhandlungen verstärkt ins Treffen führen, eher andere Fasern zu beziehen als zwischen den Lyocell-Produzenten zu wechseln. Wie sehr die Lyocell/Tencel-Faser dem Wettbewerb mit Alternativfasern ausgesetzt ist, zeigen auch die am Markt zu erzielenden Preise bei den zwei Hauptanwendungsgebieten, Textilien und Nonwovens. Für letztere sind deutlich mehr Alternativprodukte vorhanden und werden auch von den Abnehmern bei Preisverhandlungen als Argument eingesetzt, so dass der erzielbare Preis bei Nonwovens trotz identischer Produktionskosten deutlich niedriger ausfällt. Das Gutachten von EE&MC geht auf diesen Umstand ebenfalls nicht ein.

Die Absatzentwicklung der Anmelder weist seit ca. 3 Jahren eine rückläufige Tendenz auf. Zurückzuführen ist dies unter anderem darauf, dass nach Einführung der Lyocell-Faser sowohl die chemische Industrie als auch die Baumwollverarbeiter massive Anstrengungen unternommen haben, ihre eigenen Produkte zu verbessern. Da die Lyocell-Fasern in vielen Fällen nur in Mischungen mit anderen Fasern eingesetzt werden (bzw. werden können) haben die Produktinnovationen bei den anderen Fasern ua

dazu beigetragen, dass der Lyocell- bzw Viskoseanteil bei fertig verarbeiteten Produkten zugunsten der billigeren Kunst- und Baumwollfasern reduziert wurde. Außerdem spielen bei Textilien Modetrends eine wesentliche Rolle, was sich letztlich auch auf die Nachfrage der jeweiligen Fasern auswirkt.

Zu beachten ist aber auch, dass Lyocell derzeit noch kein ausgereiftes Produkt darstellt und weiter verbessert werden muss (zB wird die Fibrillierung von Abnehmern/Verarbeitern als Problem angesehen).

Die Hersteller der verschiedenen Fasern sind somit ständig bemüht, durch Innovationen ihre Marktstellung zu behaupten und zu verbessern. Dieser Innovationswettbewerb, wie er im zusätzlich vorliegenden Gutachten von Christian von Weizsäcker bezeichnet wird, erlaubt keine ausschließlich statische Betrachtungsweise, wie sie dem so genannten SNIPP-Test zugrunde gelegt wird. Der SNIPP-Test behandelt lediglich die Nachfrageänderung anlässlich einer hypothetischen Preisänderung. Das tatsächliche Nachfrageverhalten wird in diesem Markt aber auch wesentlich von Produktinnovationen bei den verschiedenen Fasern bestimmt. Der SNIPP-Test berücksichtigt diese dynamische Entwicklung nicht in angemessener Weise.

Aus den dargelegten Gründen ist die AK der Ansicht, dass der sachlich relevante Markt deutlich weiter zu ziehen ist, als dem Gutachten der EE&MC zugrunde gelegt wird. Betrachtet man die Entwicklung des Fasersektors, so stellt das Gutachten der EE&MC fest, dass im Jahr 2003 rd 57,7 Mio t Fasern produziert wurden. Die natürlichen Fasern machen rd 39% aus (davon Baumwolle alleine 94%), der restliche Anteil (so genannte „man-made“-Fasern) von 61% teilt sich in Cellulose-Fasern und Synthesefasern. Die Gruppe der Cellulose-Fasern, die auch Lyocell umfassen, machen lediglich 5% des gesamten Fasermarkts aus. Zum Vergleich: Der Anteil von Baumwolle an der gesamten Fasermenge beträgt 37%. Aus diesen Produktionsdaten geht klar hervor, dass bei einer Marktabgrenzung, die reale Marktgegebenheiten berücksichtigt, durch den Zusammenschluss keinesfalls eine marktbeherrschende Stellung entstehen kann.

## **Zu 2. Marktzutrittsschranken**

Auch die Ausführungen betreffend die Marktzutrittsschranken im gerichtlich bestellten Gutachten werden von der AK aus folgenden Gründen nicht geteilt: Die sich zusammenschließenden Unternehmen halten eine Reihe von Patenten für Lyocell, welche größtenteils („Schlüsselpatente“) im Jahr 2006 ablaufen. Nach Aussage des Gutachtens bewirken die noch länger laufenden Patente eine technologische Zutrittsschranke und quasi eine Marktschließung des nachgelagerten Lyocell-Marktes. Hierzu ist anzumerken, dass Patente gerade dazu dienen, den Innovationswettbewerb sicherzustellen. Niemand würde die hohen Kosten für Forschung und Entwicklung sowie die Kosten der Markteinführung eines neuen Produkts in Kauf nehmen, wenn nicht sichergestellt wäre, dass das Unternehmen seine Entwicklungen für eine bestimmte Zeit exklusiv verwenden darf. Marktzutrittsbarrieren durch Patente sind in einer Marktwirtschaft systemnotwendig, da ansonsten die Trittbrett-Problematik jegliche Innovation verhindern würde. Sofern man sich der Meinung des Gutachters in Richtung einer engen Marktabgrenzung anschließt, wäre diese Problematik durch eine entsprechende Auflage in Richtung Lizenzvergaben zu berücksichtigen.

Andererseits zeigt die Entscheidung des OFT, dass Wettbewerber bereits am Markt sind und mit weiteren in absehbarer Zeit zu rechnen ist. So ist mit Hanil, ein koreanisches Unternehmen, bereits ein weiterer Produzent von Lyocell am Markt, der innerhalb kürzester Zeit einen weltweiten Marktanteil von 5 – 7% erreicht hat (Hanil produziert nach eigener Technologie). Als potenzielle Wettbewerber werden indische und chinesische Lyocell-Produzenten erwähnt, die bereits Pilotanlagen errichtet haben und es daher nicht auszuschließen ist, dass diese demnächst in den Markt eintreten werden. Weiters verwei-

sen die Anmelder darauf, dass der Anlagenbauer Zimmer AG über eine Lizenz verfügt, die es ihm erlaubt, Lyocell-Anlagen für dritte Unternehmen herzustellen.

Die im EE&MC-Gutachten behaupteten strukturellen und strategischen Zutrittsbeschränkungen sind für die AK daher nicht nachvollziehbar.

### **Zu 3. Volkswirtschaftliche Rechtfertigung und Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit**

Selbst unter der Annahme, dass der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung führt oder diese verstärkt wird – was die AK wie oben ausgeführt verneint – sind die volkswirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe nach österreichischem Kartellrecht anders als im Gutachten von EE&MC zu würdigen. Das Kartellgesetz versteht unter der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung neben der Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher auch andere Aspekte, die für den Wirtschaftsstandort Österreich von maßgeblicher Bedeutung sind. So stellt dieser Begriff nach Gugerbauer und Koppensteiner auf das so genannte magische Viereck ab, das ua die Elemente Beschäftigung bzw Wachstum umfasst.

Der Zusammenschluss sichert im Konkreten die Implementierung eines österreichischen Kompetenzzentrums, eines der wesentlichen Ziele der österreichischen Wirtschaftspolitik. Sämtliche weltweite Forschungsaktivitäten der beteiligten Unternehmen werden auf den Standort Österreich konzentriert, wodurch ein hochwertiges Kompetenzzentrum mit entsprechenden Arbeitsplätzen und Ausstrahlwirkungen gesichert wird. Die Konzentrierung der Forschungsaktivitäten auf Österreich bedeutet darüber hinaus eine Absicherung des Produktionsstandortes und damit die längerfristige Sicherung der bestehenden Arbeitsplätze.

Diese Vorteile werden auch im Gutachten der EE&MC durch Befragung von Abnehmern bestätigt. Diese erwarten sich durch den Zusammenschluss, dass Produktinnovationen durch konzentrierte Forschungsanstrengungen gefördert werden, um so dem Wettbewerbsdruck aus Asien standzuhalten. Damit wird gleichzeitig – selbst von Abnehmern – die Notwendigkeit der Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit begründet. Tatsächlich exportieren beide Unternehmen den überwiegenden Anteil ihrer Produktion nach Fernost. Wie die Ausführungen zu Punkt 2 darlegen, wird der Wettbewerbsdruck künftig besonders stark von dieser Region ausgehen. In Europa verbleiben weniger als 20% der Produktion.

Das Gutachten der EE&MC führt zutreffend aus, dass nach Darstellung der Textilien-Wertschöpfungskette der Anteil der Lyocell-Faser am Endprodukt relativ gering ist. Aus diesem Grund würde selbst eine Preiserhöhung, die nach Ansicht der AK wegen des vorherrschenden Wettbewerbs ohnehin nur schwer durchsetzbar wäre, praktisch keine negativen Auswirkungen für die österreichischen KonsumentInnen haben. Hingegen stellt die Sicherung und Aufwertung des Standortes Österreich einen wichtigen Beitrag für die österreichische Wertschöpfung dar, der sich auch positiv auf das ökonomische Umfeld auswirkt (zB Zulieferbetriebe, Kaufkraftimpulse für die Region, Steuereinnahmen).

### **Die Entscheidung des Kartellgerichts- und des Kartellobergerichts**

Trotz der dargelegten Argumente und der Tatsache, dass keine andere europäische Wettbewerbsbehörde Einwände gegen diesen Zusammenschluss geäußert hat, untersagte das österreichische Kartellgericht am 28. Oktober 2004 den Zusammenschluss vollkommen. Es folgte demnach weitgehend den Argumenten und engen Marktabgrenzungen die im Gutachten von EE&MC vorgenommen wurden. Die Untersagung wurde in einem Beschluss des Kartellobergerichts vom 14. Februar 2005 nochmals bestätigt.

Bereits vor der Entscheidung des Kartellobergerichts hat Lenzing mit dem Bundeskartellanwalt und der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) verhandelt und angekündigt, die Zusammenschlussanmeldung entsprechend den Vereinbarungen mit diesen beiden Amtsparteien in veränderter Form erneut einzubringen. Die vereinbarten Veränderungen sollten, laut Zeitungsmeldungen von Vorstandsvorsitzenden Fahnmann von der Lenzing AG und Generaldirektor Walter Barfuß von der Bundeswettbewerbsbehörde, den Bedenken entgegenwirken und die positiven volkswirtschaftlichen Auswirkungen durch Garantien sicherstellen. Soweit aus den nunmehr auf der Homepage der BWB veröffentlichten Verpflichtungszusagen des Antragstellers hervorgeht, ist in der Neuanmeldung dazu eine Reihe in diese Richtung wirkender Punkte aufgenommen worden. Dazu zählen unter anderem eine sechsjährige Standort- und Arbeitsplatzgarantie, eine sechsjährige Garantie zur Aufrechterhaltung von F&E-Aktivitäten in einem bestimmten Mindestausmaß in Lenzing, die Unterstützung der Grundlagenforschung in Österreich in einem festgelegten Kapazitätsausmaß, die Gleichbehandlung österreichischer und ausländischer Abnehmer und die Einräumung von Lizenzverträgen zu angemessenen Bedingungen. Damit einher gehen entsprechende Meldepflichten an die BWB und den Bundeskartellanwalt. Es ist bedauerlich, dass es nicht möglich war, bereits im Rahmen der Behandlung des Erstantrags entsprechende Auflagen zu vereinbaren.

### 5.1.3. Vergleich zwischen AK und Skiverbund Amadé

Dorothea Herzele

Ende 2003 hat die Arbeiterkammer beim Kartellgericht eine Überprüfung des Skiverbundes Amadé beantragt.<sup>186</sup> Anlass für wettbewerbsrechtliche Bedenken waren einheitliche Preise für Skipässe und Liftkarten für das gesamte Skigebiet. Der Skiverbund Amadé zählt mit 270 Skiliften und Seilbahnen sowie einer Pistenlänge von 865 Kilometern zu den größten Skigebieten Österreichs. Er umfasst fünf Skiregionen: Salzburger Sportwelt (Flachau, St. Johann, Radstadt usw), Schladming-Dachstein-Tauern, Gasteinertal, Hochkönig und Großarlal.

Die einheitliche Preisgestaltung beruht auf einer Kooperations- und Umsatzverteilungs-Vereinbarung zwischen den Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes Amadé. Diese untersagt unter anderem den Mitgliedern des Skiverbundes, unterschiedliche Preise für einzelne Skiregionen anzubieten. Ausgenommen davon sind nur sieben Kleinstskigebiete.

Das Kartellgericht hat mit Beschluss vom 10.11. 2003 festgestellt, dass diese Vereinbarung in wesentlichen Punkten dem Kartellgesetz unterliegt und diesbezüglich ein Vereinbarungskartell (Absichtskartell) vorliegt.<sup>187</sup>

#### **Vergleich zwischen Arbeiterkammer und Skiverbund Amadé**

Parallel zum Verfahren vor dem Kartellgericht verhandelte die Arbeiterkammer mit den VertreterInnen des Skiverbundes über eine Neuregelung des Kooperationsvertrages. Grund für diese Parallelverhandlungen: Da der Skiverbund Amadé auch grenzüberschreitend wirkt, unterliegt die Kooperationsverein-

---

<sup>186</sup> Die Arbeiterkammer hat ebenso wie die Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht Feststellungsantrag gemäß 8a KartG eingebracht.

<sup>187</sup> Ausführlich dazu: Kapitel 6.1.4.1 Skiverbund Amadé, Seite 129.

barung dem EU-Wettbewerbsrecht (Art 81 EG-V). Das neue europäische Wettbewerbsrecht, das seit Mai 2004 auch für Österreich gilt, sieht keine gerichtlichen Genehmigungsverfahren für Kooperationen mehr vor. Jedes Kartell, wie zB auch der Skiverbund Amadé (als Absichtskartell), muss demnach selbst beurteilen, ob die Bestimmungen des Kooperationsvertrags kartellrechtlich zulässig sind oder nicht.

Mit dem Abschluss des Vergleichs hat die Arbeiterkammer sichergestellt, dass sich die Mitglieder des Skiverbundes jedenfalls dazu verpflichten, die Tageskartenpreise selbstständig festzulegen. Gerade Tagesgästen ist es nicht möglich, das gesamte Angebot des Skiverbundes zu nutzen. Sie sollten die Wahlfreiheit haben, das gesamte Gebiet zu nutzen oder nur in einer bestimmten Region Ski zu fahren. Letzteres sollte auch günstiger sein.

Dazu wurde im „Kooperationsvertrag neu“, der diesem Vergleich zugrunde liegt, die Vereinbarung getroffen, dass zukünftig die Preise der Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes Amadé im Tageskartenbereich nicht mehr vom Vorstand des Skiverbundes, sondern autonom von den einzelnen Liftbetreibern festgelegt werden. Das bedeutet, dass „technisch nicht zusammenhängende Skischaukeln<sup>188</sup>“ ihre Tageskartenpreise selbst bestimmen dürfen. Damit wird auch der Gestaltungsspielraum für die einzelnen Teilregionen des Skiverbundes erweitert.

Eine weitere Forderung der Arbeiterkammer galt verbesserten Familienangeboten. Dazu wurde im Vergleich die „Aktion 10x10“ vereinbart. Diese besagt, dass an insgesamt 10 Samstagen pro Saison der Tagesskipass für Kinder um mindestens ein Drittel günstiger angeboten wird. Die Aktion wird wechselweise in jeweils einer der fünf Teilregionen des Skiverbundes Amadé durchgeführt (zwei je Region).

### **Preisvergleich in der Wintersaison 2004/2005**

Um zu überprüfen, ob sich der Skiverbund Amadé an die getroffenen Vereinbarungen hält, ließ die Arbeiterkammer durch das Marktforschungsunternehmen Kreuzer, Fischer und Partner im Oktober 2004 eine Preiserhebung durchführen. In den größten österreichischen Skiverbänden in Salzburg, Vorarlberg, Tirol und Kärnten wurden die Preise der Wintersaison 2004/2005 für Tages-, 6-Tages- und Saisonkarten für Erwachsene, Jugendliche und Kinder erhoben.<sup>189</sup>

Das Ergebnis zeigt, dass es mehr Wettbewerb im Skiverbund Amadé gibt. Die Tageskarte für Erwachsene kostet im Skiverbund Amadé je nach Skigebiet in der Wintersaison 2004/2005 zwischen 32,5 und 34,5 Euro. In Klein-Skigebieten, wie Eben oder Godegg, werden Tageskarten bereits ab 23,5 Euro angeboten. Auch gibt es in den Regionen verbesserte Familienangebote, wie im Rahmen der „Aktion 10x10“ vereinbart. Kinder unter 6 Jahren und das dritte Kind einer Familie fahren gratis.

Bei den Mehrtages- und Wochenkarten bietet der Skiverbund weiterhin nur einen gemeinsamen Skipass an. In diesem Bereich steht der Skiverbund Amadé in starkem Wettbewerb zu anderen attraktiven Skiorten. Ein gemeinsamer Marktauftritt und damit auch ein gemeinsamer Skipass ist sowohl aus betriebs- als auch volkswirtschaftlich gerechtfertigt.

Der Preisvergleich zeigt auch, dass die Preise für Skipässe und Liftkarten des Skiverbundes Amadé im Durchschnitt vergleichbarer Skigebiete liegen. Teurere Skigebiete gibt es in Tirol und Vorarlberg.

---

<sup>188</sup> Darunter sind Skigebiete zu verstehen, innerhalb derer ein durchschnittlicher Tourist von einem Lift zum nächsten nicht ohne Benützung von Straßenverkehrsmitteln wechseln kann.

<sup>189</sup> AK-Preisvergleich siehe unter [www.arbeiterkammer.at](http://www.arbeiterkammer.at).

## 5.1.4. Milchpreiserhöhung – wettbewerbsrechtliche Aspekte

Maria Burgstaller, Dorothea Herzele

Mitte Jänner dieses Jahres startete der Bauernbund gemeinsam mit der Kronen Zeitung und dem österreichischen Lebensmittelhandel die Initiative „Geschmack der Heimat“. Ziel dieser Kampagne ist es, den Absatz österreichischer Lebensmittel und Agrarprodukte zu forcieren und vor allem deren Preise – zu Gunsten der Bauern – zu erhöhen.

Über die Medien kündigte der Bauernbund seinen „ersten Erfolg“ an: Der Bauernbund und die größten Handelsketten<sup>190</sup> haben sich gemeinsam darauf geeinigt, dass es zu einer Erhöhung der Milchpreise durch den Handel kommen wird.<sup>191</sup> Aussagen in dieser Form sind wettbewerbsrechtlich allerdings sehr bedenklich.

Die Arbeiterkammer nahm diese Ankündigungen daher zum Anlass und erhob Mitte Jänner und Anfang Februar in Wiener Supermärkten die Preise für Frischmilch. Das Ergebnis bestätigte die Ankündigung: Fast alle untersuchten Handelsketten haben die Verkaufspreise bei Frischmilch (sowohl bei Eigenmarken als auch bei Markenmilch) um den selben Betrag – nämlich um 4 Cent – erhöht.

Die Ankündigung von Preiserhöhungen über Medien und die tatsächliche Erhöhung der Endverkaufspreise in einem – mit dieser Ankündigung – engen zeitlichen Zusammenhang durch verschiedene, von einander unabhängige Unternehmen um den selben Betrag stellen starke Indizien auf mögliche verbotene Preisabsprachen dar.

Diese von der Arbeiterkammer öffentlich geäußerten wettbewerbsrechtlichen Bedenken<sup>192</sup> wurden auch von der Bundeswettbewerbsbehörde bestätigt: Sie vermutet, dass möglicherweise auf Ebene des Lebensmitteleinzelhandels eine verbotene Preisabsprache stattgefunden hat und kündigt eine Untersuchung an.<sup>193</sup>

### Beurteilung der Arbeiterkammer

Initiativen, die das Angebot an regionalen, qualitativ hochwertigen Produkten steigern, werden von der Arbeiterkammer unterstützt. Abzulehnen ist jedoch der Versuch, allgemein wünschenswerte Ziele mit wettbewerbsrechtlich bedenklichen Mitteln erreichen zu wollen.

Ankündigungen derartiger Preiserhöhungen über Medien wirken für die großen Handelsketten wie ein „Freibrief“ zur Erhöhung der Verkaufspreise. Denn das einzelne Handelsunternehmen kann sich in der Gewissheit wiegen, dass sich auch andere Mitbewerber an diese Erhöhung halten werden.

Insgesamt erscheint diese Vorgehensweise einzigartig: Durch eine Erhöhung des Verkaufspreises soll den LandwirtInnen ein höherer Milchpreis garantiert werden. Unter marktwirtschaftlichen Bedingungen bleibt es den einzelnen Unternehmen überlassen, wie es auf Kostensteigerungen – wie zB Erhöhung der Einstandspreise – reagieren. So könnten diese höhere Kosten durch Senkung der eigenen Handelsspanne finanziert oder aber – ganz oder teilweise – den Endverkaufspreisen zugeschlagen werden.

Die Handelsketten haben aber diese Vereinbarung mit dem Bauernbund zum Anlass genommen, um nur die Verkaufspreise zu erhöhen – die Kosten dieser Vereinbarung müssen also allein die Konsu-

---

190 Darunter Rewe Austria (Billa, Merkur; Penny, Mondo), Spar, M-Preis, Hofer und Adeg.

191 Vgl: Kronen Zeitung vom 16.01.2005.

192 Vgl: „AK hält Milchpreiserhöhung für kartellrechtlich äußerst bedenklich“; APA vom 19.01.2005.

193 Vgl: <http://www.bwb.gv.at/>



mentInnen tragen. Für die „Begünstigten“ dieser Vereinbarung, die LandwirtInnen, ist es mehr als zwei Monate nach dem Start der Initiative „Geschmack der Heimat“ immer noch fraglich, wann und inwieweit ihnen die Preiserhöhung weitergegeben wird.<sup>194</sup>

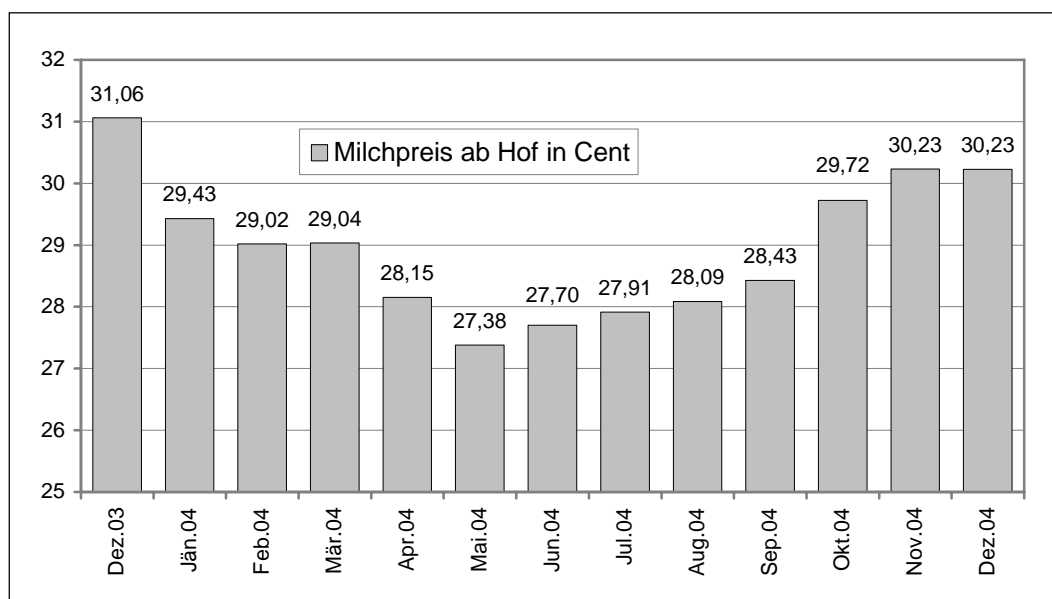
## Entwicklung des Produzentenmilchpreises

Bis zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Jahre 1995 war der Milchmarkt in Österreich abgeschottet: Der Preis, den die Bauern für ihre Milch erhielten, wurde direkt gestützt – und zwar durch relativ hohe Verkaufspreise für Milchprodukte. Mit dem EU-Beitritt wurde der Markt geöffnet und der Produzentenpreis wird nun vorwiegend durch Instrumente der EU-Milchmarktordnung bestimmt.

Anstelle der Produktpreisstützung pro erzeugtem Liter Milch erhalten die Bauern seit 1995 Direktzahlungen pro Hektar oder Tier. Vor allem Ackerbauer, die große Flächen besitzen oder Tiermäster mit großen Viehbeständen profitieren überproportional von den jährlichen 2 Mrd Euro an Agrarförderungen.

Seit 2004 gibt es für Milchproduzenten so genannte Milchprämienzahlungen. Im Jahr 2005 werden 1,631 Cent, im Jahr 2006 2,449 Cent pro Referenzmenge<sup>195</sup> ausbezahlt. Hintergrund für diese Maßnahme ist die Annahme, dass durch die Senkung des Interventionspreises<sup>196</sup> auch der Milchpreis für die Produzenten sinken wird. Neben dem Interventionspreissystem reguliert die Quotenregelung (auch Referenzmenge genannt) die Produktionsmenge. Trotz dieser Lenkungsinstrumente – wie Interventionskauf und Quotenregelungen – produziert sowohl die EU insgesamt als auch Österreich größere Milchmengen als sie auf ihren Märkten absetzen können. Solange mehr Milch produziert wird als abgesetzt werden kann, ist eine Erhöhung der Milchpreise aufgrund marktwirtschaftlicher Mechanismen nicht zu erwarten. Der Milchpreis schwankt sowohl im Jahresverlauf als auch regional (siehe folgende Grafiken).

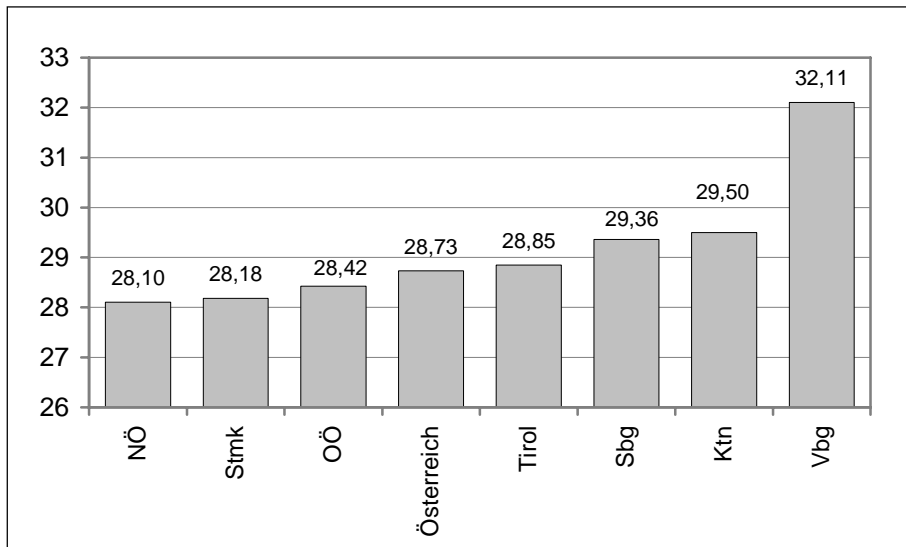
Abbildung 4: Milchpreiserhebung – gewogenes Mittel –  
Auszahlung 12/2003 bis 12/2004



194 Vgl: Kurier vom 28.02.2005 und Presse vom 22.03.2005.

195 Zugeteilte Produktionsmenge, bis zu der ein Produzent Milch verkaufen kann ohne eine Zusatzabgabe abzuführen.

Abbildung 5: Produzentenmilchpreise Jänner bis Dezember 2004 in Cent<sup>197</sup>



Der regional unterschiedliche Produzentenmilchpreis lässt sich, neben den betriebswirtschaftlichen Faktoren der jeweiligen Verarbeiter dieser Regionen, vor allem durch die unterschiedlichen Produktionsschwerpunkte der Molkereien erklären. Für bestimmte Spezialprodukte, wie besonders Käse, lassen sich am Markt höhere Preise erzielen, die sich auf die Preise für Rohmilchlieferanten – also die Bauern – auswirken.

Bei Trinkmilch wird der Wettbewerb weniger durch die Qualität des Produktes, als vielmehr durch den Preis bestimmt. Zusätzlich ist Trinkmilch – als Produkt des täglichen Bedarfs – ein Frequenzbringer für den Handel, dh je günstiger Milch angeboten wird, desto mehr Kunden kaufen im Geschäft ein. Die Höhe des eigenen Verkaufspreises hängt daher vom Preisverhalten der Mitbewerber ab. Daraus lässt sich auch die besondere wettbewerbsrechtliche Problematik von medial angekündigten Preiserhöhungen erkennen: Eine gleichförmige Preiserhöhung – wie aktuell um 4 Cent – stellt für alle Handelsunternehmen eine win-win-Situation dar: Die Verkaufspreise für Milch können erhöht werden, ohne dass dadurch KonsumentInnen zu einem Mitbewerber abwandern.

Auf den Produzentenmilchpreis hat eine Erhöhung der Verkaufspreise von 4 Cent für Trinkmilch hingegen nur eine geringe Auswirkung, auch wenn sie vollständig an die Bauern weitergegeben wird. Denn nur ein geringer Teil des Milchaufkommens wird als Trinkmilch auf den Markt gebracht. Die größte Molkerei in Österreich verarbeitet weniger als 10 Prozent ihrer Verarbeitungsmilch zu Trinkmilch. Demnach würde die Preiserhöhung von 4 Cent lediglich 0,4 Cent pro Liter Rohmilch für ihre Lieferanten bedeuten. Eine Durchrechnung der Preiserhöhung von 4 Cent auf das gesamte Rohmilchaufkommen, würde beispielsweise eine Erhöhung der Rohstoffkosten für einen Kilo Käse<sup>198</sup> um 40 Cent bewirken. Ob diese Preissteigerung in einem Wettbewerbsmarkt möglich wäre, ist fraglich.

196 Im Rahmen der EU-Milchmarktordnung wird über ein Interventionspreissystem Milch in Form von Milchpulver und Butter aufgekauft, gelagert und für spezielle Zwecke verwertet, um die Preise für die Produzenten zu stabilisieren.

197 Daten für das Burgenland sind aus datenschutzrechtlichen Gründen (nur 1 Molkerei) nicht angeführt. In Wien gibt es keine Molkerei.

198 Für die Produktion von einem Kilo Käse werden ca 10 Liter Milch benötigt.

## Weitere Vorgehensweise

Die Arbeiterkammer wird jedenfalls darauf drängen, dass das Verhalten der Handelsketten wettbewerbsrechtlich genau geprüft wird. Verantwortlich dafür ist die Bundeswettbewerbsbehörde. Diese sollte die Untersuchungen zur „Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ (siehe auch Kapitel 6.2.2.1 Kommentar zum Sonderbericht Lebensmittelhandel, Seite 139) zum Anlass nehmen, das Preisetzungsverhalten der Handelsketten zu analysieren. Derartig abgestimmte Preiserhöhungen bei Grundnahrungsmitteln sind nicht nur wettbewerbsrechtlich bedenklich. Nach Ansicht der AK ist es außerdem unseriös, eine Werbekampagne zu starten, die mit dem Slogan „Geschmack der Heimat“ suggeriert, dass der Kauf von österreichischen Lebensmitteln direkt den österreichischen Bauern zu Gute kommt, aber gleichzeitig nur Verkaufspreise – und nicht Produzentenpreise – zu erhöhen. Die alleinigen Profiteure einer solchen Aktion sind die Handelsketten – auf Kosten der Bauern und KonsumentInnen.

## 5.2. Aktivitäten auf europäischer Ebene

### 5.2.1. Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem – AK als Streithelfer beim EuGH

Werner Hochreiter

Die Verpackungsverordnung (im Folgenden kurz: VerpackVO) ist mit September 1992 in Kraft getreten und hat zur zeitgleichen Gründung des ARA-Systems geführt. Trotz einiger Änderungen in den rechtlichen Rahmenbedingungen verfügen die Gesellschaften des ARA-Systems seit 1992 über ein de-facto-Angebotsmonopol, was den Markt für Entpflichtungsleistungen (durch die Teilnahme am ARA-System wird ein Inverkehrsetzer von Verpackungen von seinen Rücknahme- und Verwertungspflichten „entpflichtet“) betrifft, sowie ein de-facto-Nachfragemonopol am Markt für die Erfassung und Verwertung von Verpackungsabfällen. Genehmigte Mitbewerber bestehen nur für die Gewerbesammlung; ihre Marktanteile sind bis jetzt marginal geblieben. Die Vormachtstellung des ARA-Systems ist im europäischen Vergleich einzigartig.<sup>199</sup> 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 immer aus,<sup>200</sup> wobei der Paritätische Kartellausschuss bereits zwei Gutachten erstattet hat. Etwa zeitgleich hat das ARA-System auch bei der Europäischen Kommission (Kommission) um Freistellung der Vereinbarungen angesucht. Die Arbeiterkammer hat sich angesichts der kontroversiellen Auffassungen im Paritätischen

---

<sup>199</sup> Vgl dazu den im Dezember 2000 erschienenen Endbericht zur im Auftrag der Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission erstellten Studie „European Packaging Waste Management Systems“.

<sup>200</sup> Zu einer Entscheidung in der Sache wird es wohl nicht mehr kommen, da gemäß der Verordnung Nr 1/2003 ab 01.05.2004 im Europ Wettbewerbsrecht keine Genehmigungsverfahren für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen mehr vorgesehen sind.

Ausschuss schon 1994 mit Beschwerde an die EFTA-Überwachungsbehörde sowie mit ergänzenden Schreiben im Februar 1996 und im März 2002 an die Kommission gewandt. Im Oktober 2002 hat die Kommission angesichts der vom ARA-System gemachten Zusagen per „Artikel 19 Abs 3 Mitteilung“ ihre Absicht kund getan, 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 AK erhebliche Bedenken gegen die Absicht der Kommission geäußert, die angemeldeten Verträge – jedoch *ohne* das Tarifblatt! – freizustellen und den diversen, unter anderem von Mitbewerbern erhobenen Vorwürfen marktmissbräuchlichen Verhaltens (Art 82 EGV) erst in einem gesonderten Verfahren nachzugehen.

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

Im „XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001“<sup>201</sup> hat die Kommission die „wichtigsten Grundsätze für den Wettbewerb“ ausgeführt, denen flächendeckende Sammel- und Verwertungssysteme genügen müssen<sup>202</sup>, nämlich

- a) Auswahlmöglichkeiten für Unternehmen,
- b) keine ungerechtfertigten Ausschließlichkeitsvereinbarungen,
- c) unbeschränkter Zugang zur Erfassungsinfrastruktur,
- d) freie Vermarktung von Sekundärmaterial.

Diese hat die Kommission ua in den Verfahren zum „Dualen System Deutschland“ und zum französischen System „Eco-Emballages“ entwickelt.

Ende 2003 hat die Kommission nun die lange erwartete Entscheidung zum österreichischen ARA-System<sup>203</sup> gefällt. Für die Systemverträge zwischen den Gesellschaften des ARA-Systems und die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen hat die Kommission ein Negativattest ausgestellt. Die Regionalpartnerverträge von ARO und ArgeV wurden dagegen nur befristet bis 31. Dezember 2006<sup>204</sup> und unter Auflagen<sup>205</sup> freigestellt. Die Entscheidung enthält darüber hinaus auch Vorgaben zur wettbewerbskonformen Auslegung der österreichischen VerpackVO:<sup>206</sup> So muss der Quotennachweis gemäß der VerpackVO im Falle der Mitbenutzung der ARA-Haushaltssammlung durch Mitbewerber auch

---

201 XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001 — SEK(2002) 462 endg.

202 Kasten 3 „Wettbewerbspolitik im Bereich Verpackungsmüll“ (S 27-28 ebenda).

203 Entscheidung der Kommission vom 16.10.2003 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (COMP D3/35470 – ARA, COMP D3/35473 – ARGEV, ARO) [K(2003) 3703 endg].

204 Befristete Freistellung der ArgeV- und ARO-Regionalpartnerverträge mit Entsorgern und Sortierern bis 31. Dezember 2006 (Art 2 d E).

205 Vorbehaltlose Gestattung der Mitbenutzung des ARA-Haushaltssystems durch Mitbewerber; zudem darf sich ArgeV von Entsorgern nur diejenigen Erfassungsmengen nachweisen lassen, die seinem Anteil an der insgesamt lizenzierten Menge je Fraktion entsprechen (Art 3 d E).

206 Vergleiche die Rz 44 bis 46 sowie 300 bis 309.

über die Erfassung von Mengenäquivalenten zulässig sein.<sup>207</sup> Einer Anregung der AK folgend hatte die Kommission ein Auskunftsersuchen an die Republik Österreich gerichtet, deren Stellungnahme vom 15.01.2003 dann eine sehr restriktive Haltung in dieser Frage offenbart hat und insbesondere zusätzliche Sortierschritte für Mitbewerber in Aussicht gestellt hat. In der Sache selbst hat sich die Kommission nicht mit den von ARA/ArgeV/ARO gemachten Zusagen<sup>208</sup> zufrieden gegeben, sondern noch Auflagen mit dem Ziel erteilt, konkurrierenden Systemen im Haushaltsbereich das Tätigwerden auch tatsächlich zu ermöglichen. Bemerkenswert ist hier, dass ARA nun doch auf die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel in den Regionalpartnerverträgen verzichtet, die der OGH noch Ende 2000<sup>209</sup> nicht als marktmachtmissbräuchliches Verhalten angesehen hatte.

Dass die Regionalpartnerverträge bloß freigestellt worden sind, und vor allem die Auflagen der Kommission sind nun Gegenstand einer Nichtigkeitsklage von ARA/ArgeV<sup>210</sup> geworden. Die von der Kommission konstatierte Beschränkung des Wettbewerbs existiere nicht, die Auflagen seien jedenfalls un-durchführbar und unverhältnismäßig<sup>211</sup>. ARA/ArgeV sollen dem Vernehmen nach auch die in der Entscheidung zitierten Zusagen in Frage gestellt haben.

Mittlerweile hat das Europäische Gericht 1. Instanz den Anträgen von EVA<sup>212</sup> und der AK auf Zulassung als Streithelfer<sup>213</sup> der Kommission stattgegeben. ARA/ArgeV haben das „berechtigte Interesse“ der AK am Ausgang dieses Rechtsstreits bestritten: Der AK käme zwar ein allgemeines Interesse am Ausgang des Rechtsstreits zu; dieses sei jedoch nicht hinreichend spezifisch, um sie im vorliegenden Verfahren als Streithelferin zuzulassen. Dem ist das Gericht nicht gefolgt. Vielmehr ergebe sich das berechtigte Interesse der AK aus ihrer Stellung und Aufgabe sowie den bisherigen Aktivitäten im konkreten Verfahren. Dabei hat das Gericht insbesondere als unbestreitbar angesehen, dass die streitgegenständlichen „Modalitäten der Sammlung und Verwertung von Verpackungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Mitbenutzung ... die österreichischen Arbeiter und Angestellten betreffen, die als Verbraucher solche Einrichtungen benutzen und unmittelbar oder mittelbar finanzieren werden, und die ... den Wettbewerb fördern wollen, um den bestmöglichen Preis zu erhalten ...“<sup>214</sup>

Aus Sicht der AK ist die zusätzliche Verhängung von Auflagen für einen effektiven Wettbewerb im Haushaltsbereich unerlässlich. Ob diese auch aus nationaler Sicht hinreichend sind, wird noch zu prüfen sein, ist aber eher fraglich, da die Entscheidung der Kommission ausdrücklich das ARA-Tarifblatt und andere Fragen, insbesondere Vorwürfe marktmachtmissbräuchlichen Verhaltens (Art 82 EGV), ausgeklammert hat. Hinsichtlich der offen gebliebenen Punkte ist die AK an die österreichische Wettbe-

---

207 „... Ferner wäre eine Mitbenutzungsaufgabe bei einem Quotennachweis nur über die konkret am System teilnehmenden Verpackungen nicht praktikabel. Dieser Grundsatz (Anm: der österreichischen VerpackVO) 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 zwischen den Systemen aufgeteilt werden. Zusätzliche Analyse- und Sortierschritte sind dann nicht erforderlich. ...“ (Rz 308). In der Fußnote ebenda stellt die Kommission klar: „Eine weitere Unterteilung nach bestimmten Verpackungstypen innerhalb einer Materialfraktion wäre denkbar, sofern diese bei Lizenzierung sowie Sammlung und/oder Sortierung getrennt behandelt werden“.

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

209 Entscheidung 16Ok 8/00 vom 9. Oktober 2000.

210 Klage der ARGEV Verpackungsverwertungs-Gesellschaft mbH und der Altstoff Recycling Austria Aktiengesellschaft gegen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, eingereicht am 22. Dezember 2003 (Rechtssache T-419/03) (2004/C 59/43) (Verfahrenssprache: Deutsch) Abl C59/27 6.3.2004.

211 Vgl dazu Moser-Marzi/Schordan, Regulierungsbedarf für den Bereich der Sammlung und Verwertung von Verpackungen? *ecolex* 2004, 902f, demnächst soll dazu in den Wirtschaftsrechtlichen Blättern eine diesbezügliche Entgegnung von Reidlinger/Hartung erscheinen.

212 EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH; EVA ist einer der Mitbewerber des ARA-Gewerbesystems.

213 Nach Art 40 Abs 2 der Satzung des Europäischen Gerichtshofes, der nach Art 53 Abs 1 der Satzung auf das Gericht 1. Instanz anzuwenden ist, steht das Recht, einem bei einem Gericht anhängigen Rechtsstreit beizutreten, nicht nur den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen zu, sondern auch jeder Person, die ein berechtigtes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft macht.

214 Beschluss des Gerichts 1. Instanz vom 20.01.2005 in der Rechtssache T-419/03, Rz 12.

werbsbehörde herangetreten, die zB zu Fragen allfälliger Quersubventionierungen und zum Trittbrettfahrerproblem auf die Zuständigkeiten des BMLFUW<sup>215</sup> gemäß AWG 2002 verweist.

Wettbewerblich relevante Fragestellungen waren auch Gegenstand der im Dezember 2004 abgeschlossenen Begutachtung für eine VerpackVO-Novelle 2005.<sup>216</sup> So dürfte die geplante Streichung des „Prinzips der Nämlichkeit“ aus § 11 Abs 1 des Entwurfs eine Folge der Entscheidung der Kommission sein. Die VerpackVO 2005 ist allerdings noch nicht beschlossen.

## 5.2.2. Wettbewerbsaktivitäten am Mineralölmarkt

Gunda Kirchner

Der Treibstoffmarkt war 2004 von hohen Preissteigerungen gekennzeichnet. Im Jahresvergleich Dezember 2003 zu Dezember 2004 stieg Diesel um 25%, Eurosuper um 12 Prozent. Aufgrund der konstant ansteigenden Preise forderte die AK, dass sich die österreichischen Treibstoffpreise vor Steuern und Abgaben an jenen des europäischen Durchschnitts richten sollten. War seit dem Jahr 2000 im Rahmen des Monitorings eine Vereinbarung zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit und der Branche, die Nettopreise Österreichs um nicht mehr als 2 Cent/Liter übersteigen zu lassen, gültig, forderte die AK verstärkt die Senkung der heimischen Treibstoffpreise auf das europäische Niveau (EU-15). Die Forderungen resultierten in einem Benzinpreisgipfel mit Wirtschaftsminister Bartenstein Ende April 2004, welcher den Weg der freien Marktwirtschaft verfolgte und die Vereinbarung zur Gänze aufkündigte. Die AK erklärte, weiterhin die 2-Cent-Grenze als Beobachtungskriterium beizubehalten, und forderte gleichzeitig die Durchführung einer Branchenuntersuchung des österreichischen Treibstoffmarktes. Diese Studie wird im Auftrag des BMWA nun erstellt und wird voraussichtlich im 1. Halbjahr 2005 fertig gestellt sein.

Das Hauptaugenmerk der Untersuchung liegt bei den Rahmenbedingungen, unter welchen die österreichischen Treibstoffpreise zu Stande kommen, aber auch die Empfehlung von Maßnahmen durch den Studienautor, wie die österreichischen Preise auf das EU-Niveau zu senken sind.

Aufgrund der zur Sorge veranlassenden Preisentwicklung am gesamten europäischen Mineralölmarkt und wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken wandte sich die AK an die europäische Wettbewerbskommission, mit der Bitte um Durchführung einer europaweiten Untersuchung.

---

215 Vgl dazu auch die jüngste parlamentarische Anfragebeantwortung 2371/AB XXII. GP vom 04.02.2005 betreffend Trittbrettfahrerproblem und Stellung der Lebensmitteleinzelhandelsketten im ARA-System.

216 Erfreulichweise ist das in Arbeitsentwürfen noch enthaltene Erfordernis, je Packstoff alle Verpackungen „gesamthaft“ bei einem einzigen Sammelsystem zu lizenzieren (Splitting-Verbot) aus dem Begutachtungsentwurf entfallen; dieses hätte bedeutet, dass alle Mitbewerber des ARA-Systems „mit einem Schlag“ zwangsläufig den Großteil ihrer Lizenznehmer verloren hätten; freilich ist § 3 Abs 5 dE nun so unklar formuliert, dass er auch die Interpretation erlaubt, dass in Hinkunft nur mehr ein Splitting zwischen Verkaufs- oder Transportverpackungen zulässig sein könnte, was ebenso weitreichende Folgen zeitigen könnte. Problematisch ist auch die Absicht, in Zukunft Rückstellungen für „Nachlaufmengen“ zu verbieten; ua wird Lizenznehmern damit der Wechsel von einem Sammelsystem zu einem Mitbewerber ungebührlich erschwert. Wettbewerbsfördernde Massnahmen dagegen, wie zB das Absenken der prohibitiv hohen Mengenschwellen für das Großanfallstellenprinzip, um den verpflichteten Inverkehrsetzern wenigstens die Selbsterfüllung im Gewerbebereich (systemfreier Raum) zu erleichtern, waren kein Thema der Begutachtung.

Wesentlichen Anstoß für dieses Schreiben gaben die Gewinnmeldungen der Mineralölfirmen bei gleichzeitig enorm gestiegenen Produktpreisen.

Die AK-Beschwerde<sup>217</sup> richtete sich grundsätzlich gegen die Preispolitik der in der EU agierenden Mineralölunternehmen. Das bedeutet, aus Sicht der AK profitieren jene Firmen von den hohen Rohölpreisen, die selbst Erdöl bzw Rohöl fördern. Vertriebsseitig fehlt offensichtlich europaweit der Wettbewerb, um die gestiegenen Gewinne auch den KonsumentInnen in Form von niedrigeren Treibstoffpreisen weiterzugeben.

Gespeist wird diese Vermutung durch die Struktur des europäischen Treibstoffmarktes, der durch die Präsenz von (wenigen) vertikal integrierten Unternehmen gekennzeichnet ist, die auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen tätig sind.

Die seit Jahresanfang 2004 im europäischen Durchschnitt um rund 30% gestiegenen Treibstoffpreise (vor Steuern und Abgaben) und die gestiegenen Rohölnotierungen haben massive negative Auswirkungen, sowohl auf die österreichische als auch auf die europäische Wirtschaftsentwicklung. Der ohnehin gedämpfte Wirtschaftsaufschwung wird durch die enorm gestiegenen Rohöl- und Produktpreise weiter gebremst.

Die Homogenität des Produkts und durchwegs vergleichbare ausgereifte Technologien bedingen außerdem, dass jede auf Marktanteilsgewinnung gerichtete Preissenkung eines Marktteilnehmers zu einer gleichgerichteten Maßnahme der anderen führen würde, so dass für alle beteiligten Unternehmen Nachteile entstehen und somit von Wettbewerbsverhalten Abstand genommen wird. KonkurrentInnen und VerbraucherInnen ist es nicht möglich, ein ausreichendes Gegengewicht zur oligopolistischen Marktstruktur zu bilden. Im konkreten Fall können selbst nationale Regierungen kaum Druck anwenden.

Dass die Ölkonzerne unangemessen hohe Preise verlangen und somit eine Verletzung nach Art 82 EB-V vorliegt, spiegelt sich auch in den publizierten, massiv gestiegenen Halbjahresgewinnen wider.

Die AK hat auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde, den österreichischen Bundeskartellanwalt Maier und das deutsche Bundeskartellamt über die Einreichung dieser Beschwerde bei der Europäischen Kommission informiert.

Im Antwortschreiben verwies die EU-Kommission auf ihre Zusammenarbeit mit den nationalen Wettbewerbsbehörden. Darüber hinaus teilte die Kommission mit, eventuell auftretende Missstände zu beseitigen, für den Fall, dass zusätzliche und ausreichende Indizien vorliegen.

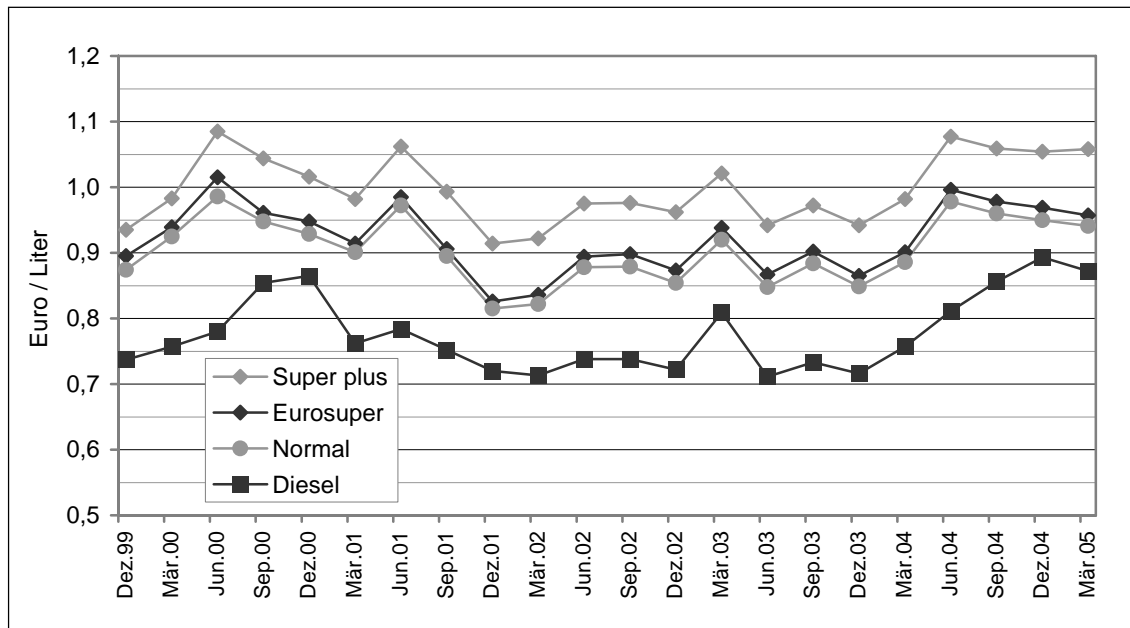
Auch die Bundeswettbewerbsbehörde<sup>218</sup> widmete sich dem Thema Treibstoffpreise, und zwar mit der Fragestellung, inwieweit am Endkundenmarkt für Treibstoffe (Tankstellenmarkt) Hinweise auf ein abgestimmtes Verhalten erkennbar sind. Nach den Recherchen der Bundeswettbewerbsbehörde, die nicht nur unter Mithilfe verschiedener Interessenvertretungen durchgeführt wurden, sondern auch ein Auskunftsverlangen relevanter Anbieter in Österreich umfasste, gelangte die Behörde zu dem vorläufigen Schluss, dass die Untersuchungen keine Hinweise auf ein (noch bestehendes) gleichgerichtetes Verhalten ergeben haben, das sich nicht auch durch marktwirtschaftliche Faktoren erklären ließ. Ferner haben sich nach Angaben der Bundeswettbewerbsbehörde keine weiteren Ansatzpunkte für weitere Untersuchungen ergeben.

---

217 <http://eu.arbeiterkammer.at/www-909-IP-17923.html>

218 [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at)

Abbildung 6: Treibstoffpreisentwicklung in Österreich  
Dezember 1999 – März 2004



### 5.3. Aktivitäten im Bereich des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb

#### 5.3.1. Sind unerwünschte Werbeanrufe nicht mehr sittenwidrig?

Anne Marie Kosesnik-Wehrle<sup>219</sup>

Die Frage drängt sich bei einem derzeit in der zweiten Instanz anhängigen UWG-Verfahren der Arbeiterkammer gegen ein Versandhandelsunternehmen auf, das in Verbraucherschutzkreisen vor allem aufgrund seiner Gewinnspiele bestens bekannt ist.

#### Die Ausgangsposition

In Vorarlberg erhalten mehrere Konsumenten Telefonanrufe, in welchen ihnen ein Tonband wichtige Post im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel der nachmaligen Beklagten ankündigt und sie zu besonderer Aufmerksamkeit bei der Entgegennahme der Post in den nächsten Tagen auffordert. Einige der Angerufenen fühlen sich durch diese Anrufe belästigt und wenden sich an die AK Vorarlberg; zur Klagsführung bleiben letztlich vier Zeugen, die überzeugend bestätigen können, der nachmaligen Beklagten keine Einwilligung zu telefonischen Werbeanrufen erteilt zu haben.

<sup>219</sup> Am Verfahren als Klagevertreter beteiligt.



Die daraufhin erhobene Klage der Arbeiterkammer wird ausdrücklich auf einen Verstoß gegen § 107 Abs 1 TKG (vormals § 101 Abs 1 TKG) gestützt, der, da im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs subjektiv vorwerfbar gesetzt, auch einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellt, weiters aber ausdrücklich auch auf die gleichsam „allgemeine“ Sittenwidrigkeit unerbetener Werbeanrufe, wie sie die Rechtsprechung seit Jahrzehnten judiziert.

Die Beklagte wendet ein, zwar nicht beweisen zu können, dass die vier den Klagssachverhalt stützenden Konsumenten ihre Einwilligung zu Werbeanrufen erteilt hätten, doch hätte sie die Daten der Angerufenen von einem gewerblich dazu befugten Listbroker erhalten, der ihr gegenüber dazu verpflichtet sei, nur solche Kunden für Werbeanrufe freizugeben, die das notwendige Einverständnis dazu abgegeben hätten. Die derart vom Listbroker bekannt gegebenen Daten hinterfrage sie aufgrund der unüberblickbaren Datenmenge nicht, und zwar auch nicht stichprobenweise; allerdings stehe sie mit dem Listbroker in jahrelanger Geschäftsbeziehung, ohne dass es bisher irgendwelche Beschwerden wegen mangelnder Einwilligung in Werbeanrufe gegeben hätte. Allfällige Verstöße gegen § 107 Abs 1 TKG seien ihr daher nicht vorwerfbar.

Das Erstgericht trifft – grosso modo – dem Vorbringen der beiden Prozessparteien entsprechende Feststellungen und kommt rechtlich zum Ergebnis, dass der Beklagten der Verstoß gegen § 107 Abs 1 TKG subjektiv nicht vorwerfbar sei; neben dem Gesetzesverstoß sei für eine „allgemeine Sittenwidrigkeit“ kein Platz mehr, weil in § 107 Abs 1 TKG geregelt sei, dass Werbeanrufe unter gewissen Umständen zulässig seien, sodass vom Unternehmer nicht mehr verlangt werden könne, als alles in seiner Macht stehende vorzusehen, dass diesen gesetzlichen Anforderungen entsprochen werde. Im Übrigen seien vier „zustimmungslose“ Anrufe angesichts der Vielzahl der von der Beklagten telefonisch kontaktierten Kunden eine zu geringe Anzahl, um eine „merkbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ darzustellen, die ihrerseits Voraussetzung für einen wettbewerbsrechtlich relevanten Gesetzesverstoß sei.

Dieses Ergebnis ist aus zwei Gründen unerfreulich: Erstens sollte für die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens die Frage, wie viele Marktteilnehmer davon betroffen sind, nur in Ausnahmefällen ein Kriterium sein<sup>220</sup>, und zweitens wäre unerbetene Telefonwerbung im Sinne dieser Rechtsmeinung zumindest häufig, wenn nicht sogar immer, hinzunehmen, weil die meisten Unternehmen, die Telefonwerbung in großen Stil betreiben, die Daten von einem Listbroker erhalten und sie nicht selbst ermitteln.

Die Arbeiterkammer hat daher gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung erhoben; die Entscheidung durch das OLG Wien als Berufungsgericht ist noch ausständig.

Die Berufung greift folgende Überlegungen auf:

Seit zwei Jahrzehnten ist es ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass Werbung durch unerbetene telefonische Anrufe bei Privatpersonen grundsätzlich wettbewerbswidrig ist; schon der unerbetene Anruf als solcher ist eine unzumutbare, mit den guten Sitten im Geschäftsverkehr nicht zu vereinbarende Belästigung des Angerufenen.<sup>221</sup> Der Oberste Gerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, dass aus der Tatsache, dass technische Einrichtungen wie Telefon- und Anrufbeantworter benutzt werden, nicht darauf geschlossen werden kann, dass man sein Heim der Öffentlichkeit preisgeben will, sondern sich vielmehr nur jenen Personen öffnen möchte, bei denen aufgrund ihrer Beziehungen zum Inhaber der Anlagen ein Anruf vertretbar erscheint.<sup>222</sup>

---

220 Der OGH hat Derartiges bei einem nach seinen – aktenwidrig übernommenen – Feststellungen nur vier Personen zugekommenen irreführenden Gewinnspiel in seiner Entscheidung 4 Ob 59/03k – Organisationsbeitrag II obiter ausgesprochen.

221 OGH 08.11.1983, 4 Ob 388/83, EvBl 1994/14.

222 OGH 18.10.1994, 4 Ob 107/94, ÖBl 1995, 12.

Anrufe zu Werbezwecken bei Privatpersonen, denen der Angerufene nicht im Vorhinein seine Zustimmung erteilt hat, lösen daher jedenfalls einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG aus. Liegt eine derartige Zustimmung nicht vor, besteht der Unterlassungsanspruch unabhängig davon, ob der Anrufende selbst oder ein von ihm beauftragter Dritter die gebotene Einholung der Zustimmung unterlassen hat, und unabhängig davon, ob den Werbenden ein Verschulden daran trifft, wenn tatsächlich eine Zustimmung zu Werbeanrufen nicht vorliegt.

Durch die Fernabsatz-<sup>223)</sup> und die TK-Datenschutz-Richtlinie<sup>224</sup> wurde Österreich gehalten, „dem Verbraucher ein Recht auf den Schutz des Privatlebens, insbesondere vor Belästigungen durch gewisse, besonders aufdringliche, Kommunikationstechniken zuzuerkennen“<sup>225</sup> bzw Vorkehrungen zu treffen, „um die Teilnehmer [an der elektronischen Kommunikation] gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme [...] zu schützen“<sup>226</sup>.

Dementsprechend bestimmen Art 10 Abs 1 Fernabsatz-RL, dass die Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedarf, und Art 13 Abs 1 TK-Datenschutz-RL, dass die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen) nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf.

Im Hinblick auf diese beiden Richtlinien verbot der österreichische Gesetzgeber in § 101 TKG idF BGBl 1997/100, in Kraft getreten am 01.08.1997<sup>227</sup>, Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers, wobei der Einwilligung des Teilnehmers die Einwilligung einer Person, die von ihm zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleichgestellt und die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung normiert wurde. Der österreichische Gesetzgeber kam damit dem Auftrag des Art 11 Abs 1 Fernabsatz-RL nach, im Interesse der Verbraucher für geeignete und wirksame Mittel zu sorgen, die die Einhaltung der Richtlinien gewährleisten; das Neue an § 101 TKG war, dass damit – neben der Schaffung eines Verwaltungsstraftatbestandes – dem unzulässigerweise Angerufenen selbst ein subjektives Recht zur Untersagung unzulässiger Anrufe eingeräumt wurde,<sup>228</sup> waren – und sind – nach dem UWG ja nur Mitbewerber und die in § 14 UWG genannten Verbände, nicht aber der einzelne Angerufene, klagslegitimiert.

Ich schließe daraus, dass durch § 101 TKG der Grundsatz, dass wettbewerbliches Verhalten, das eine mit den guten Sitten im Geschäftsverkehr nicht vereinbarende Belästigung darstellt, jedenfalls sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG ist, nicht eingeschränkt werden sollte. § 101 TKG hat – über § 1 UWG hinausgehend – einen Verwaltungsstraftatbestand geschaffen, der den Schutzzweck des Verbots unerbetener Telefonwerbung grundsätzlich auch auf Unternehmer ausdehnt und klarstellt, dass für jeden Anruf zu Werbezwecken jedenfalls die – jederzeitig widerrufbare – Einwilligung des Angerufenen einzuholen ist.

Es widerspricht dem klaren Auftrag der Fernabsatz- und der TK-Datenschutz-RL, die Privatsphäre effektiv zu schützen, kann daher nicht intendiert gewesen sein und wäre auch nicht sachgerecht, dass unstrittig sittenwidriges Verhalten, das als solches Unterlassungsansprüche nach dem UWG auslöst, durch Einführung einer ausdrücklichen Verbotsnorm plötzlich nur mehr dann Unterlassungsansprüche auslösen sollte, wenn der Verstoß gegen die Verbotsnorm subjektiv vorwerfbar ist, also das dem Un-

---

223 RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

224 RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

225 Erwägungsgrund 17 zur Fernabsatz-RL.

226 Erwägungsgrund 40 zur TK-Datenschutz-RL.

227 Seit dem TKG 2003, BGBl I 70/2003, in Kraft seit 20.08.2003, § 107 Abs 1 TKG.

228 Vgl auch OGH 27.4.1999, 1 Ob 82/99p und OGH 29.4.2003, 4 Ob 24/03 p mwN.

terlassungsanspruch grundsätzlich fremde Sachverhaltselement des Verschuldens Bedeutung erlangt, und sich ein Geschäftstreibender dem berechtigten Unterlassungsanspruch im Ergebnis einfach dadurch entziehen könnte, dass er die ihn treffende Verantwortung auf irgendwelche – dem Angerufenen ja nicht bekannte und meist auch nicht ermittelbare - Dritte auslagert und sich so der Verantwortung entzieht. Der Klags Sachverhalt zeigt anschaulich, dass der werbende Unternehmer (und auch seine Vormänner) sich nicht einmal darum kümmern muss, ob die Zustimmungen der Angerufenen und in welcher Form sie vorliegen<sup>229</sup>, sodass Unternehmer ohne weitere Vorkehrungen Telefonwerbung betreiben können, ohne dass die erforderliche Einwilligung des Verbrauchers vorliegt, und ohne dass sich der Verbraucher dagegen wehren könnte.

Der vom europäischen – ebenso wie vom österreichischen – Gesetzgeber gewünschte effektive Schutz der Privatsphäre würde in Konsequenz der Rechtsansicht des Erstgerichts, wie es auch das bisherige Ergebnis des vorliegenden Prozesses zeigt, nicht sichergestellt, sondern vielmehr ausgehöhlt, weil letztlich so gegen das unerwünschte Eindringen in die Privatsphäre gerade keine rechtliche Abwehrmöglichkeit geboten ist.

Ich meine, dass gute Argumente dafür sprechen, unerbetene Telefonanrufe nach wie vor für sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG zu beurteilen, unabhängig davon, ob dem werbenden Unternehmer die Tatsache der mangelnden Einwilligung der Angerufenen im Sinne juristischen Verschuldens vorgeworfen werden kann oder nicht. Das Gesetz gibt dazu keine Hinweise, ebenso wenig bieten die Materialien zum TKG Aufschluss. Es gilt, letztlich die Entscheidung durch den Obersten Gerichtshof abzuwarten; wir blicken ihr mit Spannung entgegen.

### 5.3.2. Unlauterer Wettbewerb durch Telefongewinnspiel<sup>230</sup>

Karin Wessely

Am 17.06.2003 hat die Arbeiterkammer (im Folgenden AK), vertreten durch RA Dr Karin Wessely, im Zusammenhang mit der Veranstaltung eines Telefongewinnspiels gegen ein österreichisches Telekommunikations- und Tonbanddienstunternehmen eine Klage wegen Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingebracht.

#### **Gegenstand des Verfahrens<sup>231</sup>**

Die Beklagte betreibt eine so genannte Audiotex-Plattform. Dies ist eine Telekommunikationsanlage, mit der Telekommunikationsdienste verwaltet und Daten übertragen werden können, so auch zuvor aufgezeichnete Voice-Texte für Gewinnspiele.

---

229 Tatsächlich hat das Beweisverfahren ergeben, dass auch der deutsche Listbroker die von ihm für Telefonwerbung freigegebenen Adressen nicht dahingehend prüft, ob die Zustimmungen wirklich vorliegen, sondern seine Adresslieferanten vertraglich lediglich an die Einhaltung eines Kodex bindet, der das – für Österreich nicht ausreichende – System des opting out („Robinson-Listen“) vorsieht. Feststellungen hat das Erstgericht dazu – wohl infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung – nicht getroffen.

230 OGH, 4 Ob 217/03 w

231 Auszüge aus den Feststellungen des OGH.

Die Beklagte hatte einzelne Mehrwertnummern, die sie selbst von zwei Nummerninhabern übertragen erhalten hatte, an zwei in England ansässige Unternehmen (St\*\*\* und K\*\*\*) weitergegeben. Die beiden Nummerninhaber hatten diese Mehrwertnummern ihrerseits von der zuständigen Rundfunk- und Telekom-Regulierungsbehörde (RTR) zugeteilt erhalten und rechtmäßig<sup>232</sup> an die Beklagte weiter gegeben.

Ende 2002/Anfang 2003 haben mehrere Personen in Österreich Anrufe einer automatisierten Stimme vom Tonband erhalten, wobei der Name des Anrufers mit St\*\*\* angegeben worden sei. Im April 2003 ist zumindest ein ähnlicher Anruf der Firma K\*\*\* erfolgt. Den Betroffenen wurde ein Bargeldgewinn von 25.000 € in Aussicht gestellt, der über eine im Telefonat angegebene Mehrwertnummer (die von der Beklagten an St\*\*\* und K\*\*\* weiter gegebenen Mehrwertnummern) abgerufen werden könne.

Wer bei den angegebenen Mehrwertnummern anrief, bekam eine Tonbandstimme zu hören, die die Anrufer nach umständlicher Begründungsformel und ausschweifenden Ausführungen über Ablauf und Anwesende bei der Gewinnermittlung zur Angabe von Vorname, Familienname, Straße, Hausnummer und Postleitzahl – jeweils nach Ertönen eines Signaltons – aufforderte. Nach Eingabe der Gewinnnummer hat die Stimme den Anrufer noch einmal aufgefordert, die Eingabe nach einem Signalton mit „Ja“ zu bestätigen oder den Vorgang mit „Nein“ nochmals zu beginnen. Der Signalton ist nicht mehr erklungen.

Es war offensichtlich, dass diese Vorgangsweise nur den Zweck hatte, die Betroffenen lange in der Leitung zu halten, um ein möglichst hohes Entgelt für diesen Mehrwertdienst zu erzielen. Den angekündigten Gewinn haben die Betroffenen nicht erhalten. Keiner der Angerufenen hatte weiters zu den ersten Anrufen eine Zustimmung erteilt.

Die Beklagte hat für die Zurverfügungstellung ihrer technischen Plattform vom jeweiligen Telefoncarrier ein Nutzungsentgelt erhalten. Dieses hat sie nur zum Teil als Vergütung an St\*\*\* und K\*\*\* weitergegeben und den Rest selbst vereinnahmt. Die Beklagte war aber berechtigt, die Verträge zu kündigen und bei einem Missbrauch auch fristlos zu beenden. Der ihren Vertragsverhältnissen zugrunde gelegte Verhaltenskodex nannte sogar ausdrücklich als Zielsetzung, unzulässige Angebote zu verhindern und eine Irreführung über Inhalt oder Kosten der Angebote zu vermeiden.

## **Begehren der AK**

Die AK stellte in der Klage auch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach es die Beklagte bis zur Rechtskraft des Urteils zu unterlassen habe, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. Werbebotschaften mittels Anrufen zu übermitteln bzw übermitteln zu lassen oder an der Übermittlung teilzunehmen, ohne dass der betroffene Teilnehmer zuvor seine Einwilligung zum Erhalt von derartigen Werbeanrufen erteilt hat;
2. Dritten Gewinne, die über Mehrwertnummern abrufbar seien, anzukündigen bzw ankündigen zu lassen oder an einer solchen Ankündigung mitzuwirken, wenn der versprochene Gewinn tatsächlich – etwa durch systematischen Abbruch des Anforderungstelefonats nach gewisser Zeit durch das Abspielen von Endlosschleifenansagen oder Ähnlichem – überhaupt nicht angefordert werden kann, und/oder wenn die Anrufer bei der Mehrwertnummer durch langwierige und unnötige Ausführung oder Wiederholungen unnotwendig lange in der Leitung gehalten werden, ohne dass Interessenten bereits in der Ankündigung über die voraussichtliche oder die unvorhersehbar lange Dauer des Anrufs informiert werden.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> § 57 TKG 1997, in Geltung bis zum 19.08.2003.

<sup>233</sup> Ein Eventualbegehren zu Begehren 2 war im Verfahren nicht von Bedeutung.

## Streitfragen im Verfahren

Die AK machte Sittenwidrigkeit aufgrund des Verstoßes gegen das Verbot unerwünschter Anrufe<sup>234</sup> und Irreführung wegen der Täuschung über einen vermeintlichen Gewinn<sup>235</sup> geltend. Die Beklagte selbst hafte, da die wettbewerbswidrigen Handlungen im Betrieb ihres Unternehmens geschahen.<sup>236</sup> Sie habe nämlich ein starkes geschäftliches Interesse an der Tätigkeit ihres Vertragspartners und erhalte einen Teil des für die Anrufer verrechneten Entgelts selbst. Sie hätte auch die Möglichkeit gehabt, die Nutzung der Rufnummern zu entziehen und so die Wettbewerbsverstöße zu verhindern. Zumindest hätte sie spätestens nach einer Abmahnung durch die AK im November 2002 den Vertrag kündigen oder fristlos beenden müssen.

Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die ihr zugeteilten Mehrwertnummern an Dritte weiterzugeben. Sie habe gegen die Bestimmungen der Nummerierungsverordnung<sup>237</sup> (NVO) verstoßen und auch insoweit sittenwidrig gehandelt. Die Bestimmungen der NVO dienten auch dazu, ein Abschieben der Verantwortung für Gesetzesverstöße auf schwer greifbare Dritte zu verhindern. Gerade dies habe die Beklagte getan. Sie teile sich den Gewinn aus wettbewerbswidrigen Anrufen mit einem Dritten, der nach außen vorgeschoben werde, für die Rechtsverfolgung aber nicht oder zumindest nur schwer greifbar sei. Sie hafte für Handlungen des unrechtmäßigen Inhabers der Mehrwertnummern.

Die Beklagte führte aus, sie habe weder die beanstandeten Wettbewerbsverstöße begangen, noch hafte sie nach § 18 UWG. Ihre Tätigkeit habe nur darin bestanden, die technische Plattform und die Mehrwertnummern zu vermieten. Dass das Entgelt dafür umsatzabhängig sei, mache keinen Unterschied. Sie sei auch nicht verpflichtet, ihre Verträge iS eines Auftragsverhältnisses zu gestalten und rechtliche Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsgebarung ihrer Geschäftspartner festzusetzen. Noch viel weniger könne sich eine Haftung aus der NVO ergeben. Der Schutzzweck dieser Verordnung ziele nicht auf eine umfassende Verantwortlichkeit der Netze- oder Dienstebetreiber für alle Geschäftspartner und Teilnehmer ab. Die Beklagte hafte mangels Kenntnis der unerbetenen Anrufe und des Glücksspiels auch nicht als Gehilfe ihrer Geschäftspartner.

## Gang des Provisorialverfahrens

Das Erstgericht<sup>238</sup> erließ die einstweilige Verfügung, wie von der AK begehrt. Das Verhalten der englischen Unternehmen sei zweifelsfrei sittenwidrig und verstoße gegen § 101 TKG iVm § 1 UWG und gegen § 2 UWG. Die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens der beiden englischen Unternehmen war in der Folge nicht mehr strittig. Hinsichtlich der Beklagten folgte das Erstgericht im Wesentlichen der Auffassung der AK. Mit der unrechtmäßigen Überlassung der Mehrwertnummern habe die Beklagte bewusst die aufgetretenen Missstände riskiert und sei daher Gehilfin iSd § 18 UWG.

Die Beklagte brachte gegen die Einstweilige Verfügung Rekurs ein. Das Rekursgericht<sup>239</sup> gab statt und wies den Antrag auf Einstweilige Verfügung ab. Es ließ aber den ordentlichen Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof zu, da dieser einen gleichartigen Fall noch nicht entschieden hatte. Das Rekursgericht folgte im Wesentlichen den Argumenten der Beklagten.

---

234 § 1 UWG iVm §§ 75 und 101 TKG 1997.

235 § 2 UWG.

236 § 18 UWG.

237 BGBl II Nr 416/1997, diese Verordnung ist mit Erlassung der KEM-V mit Ablauf des 12.05.2004 außer Kraft getreten.

238 Landesgericht Feldkirch, 6 Cg 153/03 t.

239 Oberlandesgericht Innsbruck, 2 R 160/03 a.

## Entscheidung des OGH

Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens war somit die Frage, ob die Beklagte für das jedenfalls wettbewerbswidrige Verhalten ihrer Vertragspartner einstehen musste, weil es im Betrieb ihres Unternehmens stattfand bzw sie dieses Verhalten bewusst gefördert hatte.

Der OGH verwies zunächst auf die ständige Rechtsprechung, wonach § 18 UWG weit auszulegen ist. Der gleichfalls weit auszulegende Begriff „im Betrieb“ umfasst auch die Tätigkeit von Personen, die – wenngleich nur locker – in den Betrieb eingegliedert und für diesen dauernd oder vorübergehend irgendwie tätig sind. Dem Unternehmensinhaber sind auch Handlungen sonstiger Geschäftspartner zuzurechnen, die diese in seinem geschäftlichen Interesse und im Zusammenhang mit seinem Betrieb vornehmen, wenn er aufgrund seiner vertraglichen Beziehung zu diesen Dritten in der Lage gewesen wäre, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Maßgeblich ist dabei die rechtliche Möglichkeit, für die Abstellung des Wettbewerbsverstoßes zu sorgen.

Dass die von den beiden englischen Unternehmen begangenen Wettbewerbsverstöße auch im geschäftlichen Interesse der Beklagten erfolgten, war für den OGH angesichts der vereinnahmten umsatzabhängigen Entgelte aus der Inanspruchnahme der Mehrwertnummern nicht zweifelhaft. Aufgrund ihrer vertraglichen Beziehung zu den Nutzern der Mehrwertnummern konnte die Beklagte aber auch Einfluss darauf nehmen, dass die Mehrwertnummern gesetzmäßig eingesetzt werden. So war sie berechtigt, das Vertragsverhältnis jederzeit und fristlos aus wichtigem Grund – etwa wegen Verstoßes gegen die Richtlinien des Verhaltenskodex für Telefonmehrwertdienste – aufzulösen und die Rufnummern zu entziehen. Die Beklagte konnte ihre Vertragspartner bei Verstößen abmahnen und unter Androhung der Vertragsauflösung eine Änderung ihres Verhaltens erzwingen.

Eine Weiterübertragung von Mehrwertnummern, wie sie die Beklagte vorgenommen hatte, widersprach der NVO.<sup>240</sup> Der Sinn der Bestimmung, welche eine neuerliche Weitergabe von Mehrwertnummern hinderte, lag für den OGH ganz offensichtlich darin, es der Regulierungsbehörde zu ermöglichen, den tatsächlichen Betreiber einer Mehrwertnummer jederzeit und ohne besondere Schwierigkeiten ausfindig machen zu können.<sup>241</sup>

Der OGH kam somit zu folgendem Ergebnis:

Hat jemand Mehrwertnummern unter Verletzung eines gesetzlichen Verbots<sup>242</sup>, das dem Zweck dient, Klarheit über den Betreiber dieser Nummern zu sichern und diesen auch wirksam zur Verantwortung ziehen zu können, weitergegeben, muss er sich als Unternehmensinhaber iSd § 18 UWG behandeln lassen.

Selbst wenn man die Haftung der Beklagten nach § 18 UWG verneint hätte, wäre sie nach den für die Fälle mittelbarer Beteiligung an der Störung entwickelten Grundsätzen verantwortlich. Sie hat spätestens mit Schreiben der AK vom 22.11.2002 von den Verstößen ihres Vertragspartners gegen § 101 TKG erfahren. Da sie von ihrem auch für diesen Fall vorgesehenen vertraglichen Rücktrittsrecht aber erst mehr als zwei Monate später Gebrauch gemacht hat, hat sie jene Verstöße mitzuverantworten, die nach Aufklärung und bis zur Vertragsauflösung begangen wurden. Selbst wenn man eine angemessene Frist zur Überprüfung der erhobenen Anschuldigungen von etwa zwei Wochen einräumen wollte,

---

240 § 7 NVO iVm Abschnitt C Z 7.4 zweiter Absatz der Anlage 2 zur NVO.

241 Der OGH verweist hier auch bereits auf das nunmehr geltende Telekommunikationsgesetz 2003 (BGBl I Nr 70/2003), in dem diese Zielsetzung dadurch verwirklicht wird, dass jene Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten, denen das Recht gewährt wurde, untergeordnete Elemente selbst zu verwalten oder weiterzugeben, gemäß § 65 Abs 2 verpflichtet sind, der Regulierungsbehörde wöchentlich anzuzeigen, welche der von ihnen verwalteten Nummernfolgen zukünftig verwendet werden, und durch welchen Betreiber dies erfolgen wird. Die Regulierungsbehörde hat – auf Basis dieser Anzeigen – gemäß § 24 Abs 3 ein Verzeichnis der Rufnummern für Mehrwertdienste zu führen und zu veröffentlichen.

242 Diese Judikatur wird somit auch bei den entsprechenden Bestimmungen des TKG 2003 zu beachten sein.

hätte sie bei pflichtgemäßer Sorgfalt das Vertragsverhältnis weit eher beenden und so weitere Verstöße verhindern müssen. Durch ihre Untätigkeit über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten hat sie die während dieses Zeitraums begangenen Störungen mitzuverantworten, weil sie (weitere) Rechtsverstöße durch ihr Verhalten, nämlich Unterlassen geeigneter Maßnahmen, gefördert hat.

Der Beschluss des Rekursgerichts wurde somit aufgehoben. Da das Rekursgericht aufgrund seiner unrichtigen Rechtsansicht eine Beweisrüge der Beklagten nicht behandelte, wurde die Sache zurück verwiesen. In seinem neuerlichen Beschluss hat das Rekursgericht die Einstweilige Verfügung des Erstgerichts schließlich bestätigt.

### **Weiterer Gang der Rechtssache**

Zu einem Hauptverfahren kam es schließlich nicht mehr, nachdem die Beklagte der AK die Prozesskosten bezahlte. Die vom Erstgericht erlassene Einstweilige Verfügung blieb dadurch bestehen und stellt weiterhin einen Exekutionstitel dar.

### **Änderungen der Rechtslage seit dem Verfahren**

Seit dem TKG 2003 gelten neue Rechtsgrundlagen. Nunmehr können sich Unternehmen, die selbst kein Netz betreiben, als Kommunikationsdienstbetreiber registrieren lassen, Nummern bekommen und dann weiter geben. Näheres findet sich im TKG 2003 und in der Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM V). Wäre die beklagte Firma ein solcher Kommunikationsdienstbetreiber, wäre eine Weitergabe nun zulässig und eine Haftung für Wettbewerbsverstöße ausgeschlossen, außer es ist der Versuch der Umgehung einer Haftung durch die Weitergabe nachzuweisen.

### 5.3.3. Ketten- oder Pyramidenspiele

Andreas Schieder

„Ein Einkommen von über 250.000 Euro ohne viel Arbeit.“ „Die Chance im Handumdrehen zum großen Geld zu kommen.“ Vor allem per Internet und e-Mail finden solche oder ähnliche Versprechungen vom schnellen und leichten Geld ihre Verbreitung. Dass es mit dem vielen Geld ohne viel Arbeit nichts wird, ist das eine, dass man oft (mühsam verdientes) Geld verliert, ist eine weitere Seite. Mitunter hat das Ganze sogar eine strafgesetzliche Seite.

Es wurde per e-Mail ein Einkommen von über 250.000 Euro versprochen. Man müsse nur am Network-Marketing-Programm mitmachen, indem man von sechs Personen jeweils einen so genannten Report kauft. Konkret ging das so: Das e-Mail enthält eine kurze Beschreibung und eine Liste mit sechs Personen und Adressen. Bei jeder dieser Personen erhält man einen Report. Jeder Report kostet 5 Euro, die man per Post schickt. Dafür erhält man von jeder der Personen per e-Mail einen der sechs Reports, der auch weitere e-Mail Adressen enthält. Von der ursprünglichen Liste der sechs Personen löscht man die oberste Person, rückt alle eine Position hinauf und fügt sich selbst unten an. Danach müsse man selbst (auch per e-Mail) neue kaufinteressierte Personen finden. Diese müssen dann wiederum die Reports bestellen (nunmehr eine beim neuen Teilnehmer). So klettert man im System hinauf, bis man selbst die oberste Stufe erreicht hat. Damit man die investierten 30 Euro zurück verdient, muss man 6 neue Teilnehmer finden, damit diese wieder ihr Geld zurück bekommen müssen, diese jeweils wieder 6 neue finden, also schon 36, damit diese ihr Geld retour bekommen, müssen diese bereits 216 neue TeilnehmerInnen aufreiben. So wächst die Zahl der notwendigen TeilnehmerInnen exponentiell an. Um zu den versprochenen 250.000 Euro zu gelangen, bedarf es ca 50.000 weiterer TeilnehmerInnen.

#### **Der §168a Strafgesetzbuch**

Die Arbeiterkammer hat 2004 in einigen Fällen, wo der begründete Verdacht bestand, Anzeige wegen Verstoßes gegen §168a StGB erstattet. Der §168a des Strafgesetzbuches stellt die Errichtung und das Betreiben von Ketten- oder Pyramidenspielen und ähnlichen Gewinnerwartungssystemen unter Strafe:

„(1) Wer ein Gewinnerwartungssystem, dessen Teilnehmern gegen Einsatz ein Vermögensvorteil unter der Bedingung in Aussicht gestellt wird, dass diesem oder einem damit im Zusammenhang stehenden System unter den gleichen Bedingungen weitere Teilnehmer zugeführt werden, und bei dem die Erlangung des Vermögensvorteils ganz oder teilweise vom bedingungsgemäßen Verhalten jeweils weiterer Teilnehmer abhängt (Ketten- oder Pyramidenspiel), 1. in Gang setzt oder veranstaltet oder 2. durch Zusammenkünfte, Prospekte oder auf eine andere zur Anwerbung vieler Teilnehmer geeignete Weise verbreitet oder 3. sonst die Verbreitung eines solchen Systems gewerbsmäßig fördert, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass das System bloß zu gemeinnützigen Zwecken veranstaltet wird oder bloß Einsätze geringen Werts verlangt werden.

(2) Wer durch die Tat eine größere Zahl von Menschen schwer geschädigt hat, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“

Dieser Tatbestand wurde erst 1996 geschaffen. Eine Bereicherung der Veranstalter bzw eine Schädigung des Vermögen anderer ist für eine Bestrafung nicht notwendig. Es reicht die Ingangsetzung oder Verbreitung des Ketten- oder Pyramidenspiels für die Anwendung des Tatbestandes aus. Im Falle einer Verurteilung nach §168a StGB drohen 6 Monate Gefängnis bzw eine Geldstrafe von 360 Tagsätzen. Bei schwerwiegender Schädigung einer größeren Anzahl von Menschen sogar 3 Jahre. Außerdem ist anzumerken, dass zusätzlich noch ein Tatbestand nach §146 StGB Betrug vorliegen kann.



Auch TeilnehmerInnen können sich nach §168a StGB strafbar machen, dann, wenn sie (was ja dem Pyramidenspiel entspricht) zur Verbreitung beitragen.

### **Zum System**

Im Prinzip funktionieren Ketten- oder Pyramidenspiele nach dem gleichen Muster. Sie versprechen einen hohen Gewinn bei relativ geringem Einsatz. Jede/r TeilnehmerIn setzt seinen/ihren Namen auf eine Liste. An die erste Person auf der Liste ist der Einsatz zu überweisen. Außerdem sind weitere TeilnehmerInnen zu finden, die wiederum den Regeln folgen, zahlen und weitere TeilnehmerInnen ansprechen. Damit wächst die „Pyramide“ und wird nach unten immer breiter. Die Profiteure sind die Initiatoren. Für jede weitere Ebene müssen exponentiell mehr Personen angesprochen werden. Für das Grundprinzip ist es egal, ob es um Reports, Investmentideen oder andere Dinge geht, die mit dem Einsatz angeschafft und vertrieben werden. Leider ist dem Variantenreichtum und der Verbreitung – vor allem durch elektronische Medien – keine Grenze gesetzt. Das Schneeballsystem ist aber immer das selbe.

Schwieriger erkennbar ist das Schneeballsystem bei so genannten Marketingsystemen. Hierbei wird eine Marketingstrategie vorgetäuscht, hinter der oft nichts anderes als ein Pyramidenspiel steckt. „Geld verdienen durch Einkäufe und Empfehlungen“, oder ähnlich lauten die Slogans, zuerst einkaufen und dann weiterempfehlen. Dadurch wird eine Provisionspyramide geschaffen, die verspricht, dass ein Großteil der Konsumkosten durch die Provisionen der weiteren geworbenen TeilnehmerInnen abgedeckt werden. Um Seriosität zu vermitteln, wird auf die große internationale Verbreitung hingewiesen, oder es werden Seminare angeboten („Direktvermarktungsvertrieb“, „Zukunft in der Selbstständigkeit“, „Managerschulung“). Im Grunde ändert sich aber an der Strafbarkeit nichts, auch wenn der Spieleinsatz Provision oder Beratungshonorar genannt wird. Vor allem dann, wenn es ein Missverhältnis zwischen der zu erbringenden Leistung und den Provisionen gibt, ist davon auszugehen, dass es nicht um die Vermarktung eines Produkts geht, sondern um die Erwartung eines Gewinns, der vor allem durch die Anwerbung neuer TeilnehmerInnen zustande kommen soll (zB wenn für eine Versicherung zu relativ geringen monatlichen Beiträgen ein Traumauto freier Wahl versprochen wird). Firmen oder Einzelpersonen die solche „genialen, neuen Geschäftsideen“ verbreiten, laufen Gefahr, den Tatbestand des §168a zu erfüllen.

### **Steigende Verbreitung**

Gerade in Zeiten ökonomischer Anspannung und durch die vergleichsweise einfachen und günstigen Vertriebsmöglichkeiten im Internet, häufen sich die Fälle und Anfragen bei der Arbeiterkammer. Auch wenn die strafrechtliche Verfolgung wegen der Unklarheit der Initiatoren und der verschleierten Struktur und der Kapazitätsengpässe der zuständigen Stellen schwierig ist, so wäre eine strengere und effizientere Verfolgung und häufigere Anwendung des §168a StGB in vielen Fällen wünschenswert. Letztendlich ist aber auch das Bewusstsein über das Funktionieren solcher Schneeballsysteme zu schärfen. Pyramidenspiele und Gewinnerwartungssysteme funktionieren nicht, und wer bei solchen mitmacht riskiert, sich selbst strafbar zu machen.

# 6. AUSGEWÄHLTE AKTIVITÄTEN WETTBEWERBSRECHTLICHER INSTITUTIONEN IN ÖSTERREICH

## 6.1. Ausgewählte Entscheidungen des Kartell- und Kartellobergerichts

### 6.1.1. Gesamtübersicht<sup>243</sup>

Ulrike Ginner

Neben den Zusammenschlüssen (siehe Kapitel 4.3, Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich, Seite 94) wurden vom Kartellgericht folgende Geschäftsfälle verzeichnet:

- 61 Anzeigen von vertikalen Vertriebsbindungen (2003: 172)
- 11 Anzeigen von unverbindlichen Verbandsempfehlungen (2003: 16)
- 9 Anträge auf Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung (2003: 7)
- 14 Feststellungsanträge nach § 8a KartG (2003: 12)
- 9 Anträge auf Abstellen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (2003: 6)
- 6 Erlässe von einstweiligen Verfügungen (2003: 2)
- 24 Begehren einer Geldbuße gemäß § 142 Z1 (2003: 2)
- 6 Anträge gemäß § 11 Abs 5, um Unternehmen die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von geschäftlichen Unterlagen aufzutragen (2003: 10)
- 17 Anträge auf Erlassung von Hausdurchsuchungsbefehlen

---

<sup>243</sup> Die Informationen wurden uns dankenswerterweise von Herrn Senatspräsidenten Dr Hermann zur Verfügung gestellt.

## 6.1.2. Formelle Entscheidungen

### 6.1.2.1. Möglicher Zeitpunkt einer Zusammenschlussanmeldung / Feststellungsantrag<sup>244</sup>

Ulrike Ginner

Dem Kartellgericht obliegt nach § 8a KartG die Beurteilung von Tatsachen, die sich im Entscheidungszeitpunkt so weit verwirklicht haben und noch andauern müssen, dass sie einer (materiellrechtlichen) Bestimmung des Kartellgesetzes unterstellt werden können. Ein sich allenfalls künftig ereignender, daher noch hypothetischer Sachverhalt kann dagegen ebenso wenig wie ein in all seinen Auswirkungen in der Vergangenheit liegender (16 Ok 8/02) der Prüfung des Kartellgerichts unterzogen werden, weil es nicht zu dessen Aufgaben im Rahmen der gesetzlichen Feststellungsbefugnis gehört, reine Rechtsfragen zu beantworten.

Die Frage, ob ein Unternehmens- und/oder Anteilerwerb einen anmeldebedürftigen (Medien-) Zusammenschluss im Sinne der §§ 41 ff KartG darstellt, kann daher mit einem Feststellungsantrag erst dann an das Kartellgericht herangetragen werden, wenn der Erwerbsvorgang auch schon angemeldet werden könnte. Frühestens zu diesem Zeitpunkt kann ein Sachverhalt vorliegen, der unter die gesetzlich normierte Anmeldebedürftigkeit fällt. Nach ständiger kartellgerichtlicher Praxis beider Instanzen kann ein bloßes Zusammenschlussvorhaben angemeldet werden, sobald die ernstliche Absicht der beteiligten Unternehmer erkennbar ist, den Zusammenschluss in absehbarer Zeit vorzunehmen. Es muss eine zumindest grundsätzliche Einigung über die genauen Strukturen des Zusammenschlusses und den Zeitplan zur Umsetzung vorliegen (16 Ok 4/97 mwN).

### 6.1.2.2. Zurückziehung einer Zusammenschlussanmeldung<sup>245</sup>

Ulrike Ginner

#### **Anlass der Entscheidung**

Zwei Gesellschaften meldeten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss an. Beide Amtsparteien stellten einen Prüfantrag. Das Kartellgericht führte ein umfangreiches Verfahren samt Einholung eines Sachverständigengutachtens durch und stellte fest, dass kein Zusammenschluss, sondern ein Kartell vorliegt, dessen Durchführung bis zu einer allfälligen Genehmigung unzulässig ist.

Die Anmelder zogen nach Zustellung des Beschlusses die Anmeldung zurück und erklärten die Wirkungslosigkeit der Entscheidung. Das Erstgericht wies die Rücknahme der Anmeldung zurück. Die Anmelderinnen brachten daraufhin einen Rekurs ein.

---

244 26 Kt 370/03 vom 15.01.2004

245 16 Ok 3/94 vom 14.06.2004

## Entscheidung des Kartellobergerichts

Der OGH als Kartellobergericht bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung mit folgender Begründung:

Regelungen zur Frage, wie lange und unter welchen Voraussetzungen Anträge oder „Anmeldungen“ zurückgezogen werden können, finden sich weder im Außerstreitgesetz noch im Kartellgesetz. Zweck des Zusammenschlussverfahrens ist, „präventiv“ das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht, zu fördern. Diese Interessen sind durch die Bundeswettbewerbsbehörde und den Bundeskartellanwalt wahrzunehmen.

Analog wurden die Bestimmungen der ZPO<sup>246</sup> herangezogen, die die Rückziehung einer Klage, selbst mit Zustimmung der Beklagten nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bzw der Abgabe der schriftlichen Urteilsausfertigung ermöglichen. Auch aufgrund des erheblichen verfahrensrechtlichen Aufwands im gegenständlichen Zusammenschlussfall besteht ein erhebliches Interesse der Amtsparteien an einer rechtskräftigen Klärung.

## Bemerkungen

In der Praxis ist es vorgekommen, dass Zusammenschlüsse noch vor einer Endentscheidung zurückgezogen wurden. Gründe lagen in drohenden Untersagungsentscheidungen, auch deshalb, weil unter dem oft enormen Termindruck ein akzeptables Auflagenkonzept nicht mehr vorgelegt werden konnte. Oder aber, wenn aufgrund bestimmter Umstände das angemeldete Zusammenschlussvorhaben (vorläufig) nun doch nicht weiter verfolgt wurde. Auch hier waren die Bestimmungen der Klagsrücknahme gemäß § 237 ZPO analog heranzuziehen. Eine Zurückziehung ohne Anspruchsverzicht setzte die Zustimmung der Amtsparteien, die zuvor einen Prüfantrag gestellt haben, voraus. Ansonsten wäre nur eine Zurückziehung mit Anspruchsverzicht möglich gewesen, dh die Zusammenschlussanmelder verzichteten auf eine nochmalige Anmeldung des identischen Zusammenschlusses.

§ 11 Abs 1 des neuen AußstrG<sup>247</sup> (gültig ab 01.01.2005) sieht die oa Voraussetzungen aber erst im Rechtsmittelverfahren vor.<sup>248</sup> Um die wettbewerbspolitischen Zielsetzungen, wie sie der OGH in oa Entscheidung ausgesprochen hat, auch weiterhin gerade für das Kartellverfahren aufrechtzuerhalten, wäre jedoch eine entsprechende verfahrensrechtliche – in Anlehnung an § 237 ZPO – Festschreibung in der Kartellgesetznovelle 2005 durchaus sinnvoll.

---

246 § 237 iVm § 483 ZPO

247 BGBl 2003/111.

248 Ausführlich siehe Alfred Mair/Elfriede Solé, Kartellverfahren – (halb) neu! eolex 12/2004, S 930.

### 6.1.3. Entscheidungen über Einzelfälle

#### 6.1.3.1. Deka Holding – Tencel Holding Ltd

Das Zusammenschlussvorhaben ist in Kapitel 5.1.2 Der Zusammenschluss Deka Holding – Tencel Holding Ltd ab Seite 97 ausführlich beschrieben.

#### 6.1.3.2. Die Österreichische Stromlösung

Gunda Kirchner

Die Österreichische Stromlösung (ÖSL), der Zusammenschluss zwischen Verbund und EnergieAllianz wurde von der Europäischen Kommission im Jahr 2003 unter Auflagen genehmigt. Die EnergieAllianz ist der Zusammenschluss von Bewag, Energie AG Oberösterreich, EVN, Wiener Stadtwerken und Linz AG. Die Transaktion betrifft das Stromhandels- und das Großkundengeschäft, nicht aber die Erzeugung und Übertragung.

Der Zusammenschluss wurde im Jahr 2003 von der zuständigen EU-Kommission mittels Auflagen genehmigt. Die wichtigste Bedingung war die Abgabe einer Strommenge in der Höhe von drei Terawattstunden pro Jahr. Diese Menge entsprach dem Verkauf der Verbund-Großkundenvertriebsstochter Austrian Power Vertriebs GmbH (APC), an welcher der Verbund 55% gehalten hatte. Weitere Auflagen waren damals der Verzicht auf die Ausübung wesentlicher Einflussrechte des Verbund beim steirischen Regionalversorger Steweag/Steg sowie die Abgabe der jeweiligen 20%-Beteiligungen des Verbund an My Electric und Unsere Wasserkraft. Ferner sind insgesamt 450 GWh am Markt für Kleinverbraucher bis Juli 2008 jährlich zu versteigern, und die Energie AG OÖ muss bis Ende 2007 ihre Stimmrechte bei der Salzburg AG (Sperrminorität) an einen Treuhänder übertragen.

Mit dem Erwerb der APC durch die slowenische Istrabenz Energetski Sistemi, welcher von der EU-Wettbewerbsbehörde Zustimmung erhielt, könnte der Zusammenschluss nun durchgeführt werden. Ursprünglich war der Starttermin mit 01.10.2004 geplant.

Im September 2004 noch wurde – nicht zuletzt aufgrund des Eingreifens von Wirtschaftsminister Bartenstein – von der Bundeswettbewerbsbehörde gemeinsam mit der Regulierungsbehörde Energie-Control GmbH eine Branchenuntersuchung der Elektrizitätswirtschaft gemäß § 2 Abs 1 Z 3 WettbG eingeleitet. Im Zuge dieser Untersuchungen führte die Behörde knapp 800 Auskunftsverlangen, sowohl bei den gewerblichen und industriellen Stromkunden als auch bei den Unternehmen der E-Wirtschaft, durch. Ausschlaggebend für die Durchführung einer Branchenuntersuchung waren nicht zuletzt die im Vorjahr gestiegenen Strompreise, aber auch geringen Wechselraten bei den Stromkunden und die Höhe der Steuern, Abgaben und Zuschläge. Anfang Dezember 2004 wurde der erste Zwischenbericht der Branchenuntersuchung vorgestellt.

Die Unternehmen der „ÖSL“ nahmen die Aktivitäten der Bundeswettbewerbsbehörde und der Energie-Control GmbH zum Anlass, ihre Verhandlungen auf „Eis zu legen“ bzw. „eher reserviert“ fortzuführen.

### 6.1.3.3. WM Wrigley Jr Company – Joyco Inversiones SA<sup>249</sup>

Ulrike Ginner

Gegenstand der Anmeldung ist der Erwerb aller Aktien der spanischen Joyco Inversiones SA durch die WM Wrigley Jr Company, USA.

Wrigley vertreibt in Österreich Chewing Gum, Bubble Gum sowie zuckerfreie Mints und Drops. Joyco ist weltweit vorwiegend im Vertrieb von Süßwaren für Kinder tätig. Zu den wichtigsten Produkten zählen Bubble Gum, Lutscher und Geleebonbons. Überschneidungen ergeben sich daher im Bereich Bubble Gum.

Das vom Kartellgericht eingeholte wirtschaftswissenschaftliche Gutachten kam aufgrund des hypothetischen Monopolistentests zu dem Befund, dass eine 10%ige Preissteigerung für Bubble Gum nicht profitabel wäre, da der Umsatzverlust durch diese Maßnahme sehr groß wäre. Bubble-Gum stellt somit keinen eigenen relevanten Markt dar, es seien Teile von Frucht- und Weingummi hinzuzurechnen, dieser bewegt sich zwischen 25 und 50 Prozent. Chewing Gum, sei sowohl aufgrund der Berechnungen als auch aufgrund von Produkteigenschaft, Preis und Verwendungszweck nicht dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen.

Die aus der Marktdefinition errechneten Marktanteile, welche unter 30% liegen, ergeben, dass die Fusion weder wettbewerblich völlig unbedenklich ist, noch dass sie auf jeden Fall wettbewerbliche Bedenken auslöst. Für die fusionierenden Unternehmen würde es sich jedenfalls rechnen, die Produktvielfalt zu reduzieren. Dabei könnten Fixkosten in der Werbung, beim Marketing und im Vertrieb eingespart werden.

Die nicht ganz klare Wettbewerbsanalyse veranlasste das Kartellgericht, den Zusammenschluss nur unter der Auflage zu genehmigen, dass alle aufgekauften Marken im Bubble-Gum-Segment während der nächsten zwei Jahre weiterhin in Österreich vertrieben werden müssen.

### 6.1.3.4. Henry Schein Inc – Demedis G (Austrodent Handels-G) – EDH Holding G<sup>250</sup>

Dieser Zusammenschlussantrag wurde von den Anmelderinnen zurückgezogen, weshalb es schlussendlich zu keiner kartellgerichtlichen Entscheidung kam. Genauer über diesen Fall siehe Kapitel 7.1. Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (ab Seite 142).

---

249 29 Kt 90, 150/04 vom 17.06.2004.

250 Siehe [www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/zusammenschluss\\_henry\\_schein\\_inc\\_demedis\\_gmbh\\_euro\\_dental\\_holding\\_gmbh.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/zusammenschluss_henry_schein_inc_demedis_gmbh_euro_dental_holding_gmbh.htm).

### 6.1.3.5. Bausparkasse Wüstenrot AG – LBA Landesbausparkasse AG<sup>251</sup>

Ulrike Ginner

Der angemeldete Zusammenschlussfall wurde aufgrund eines Prüfantrags des Bundeskartellanwalts einer näheren Untersuchung unterzogen.

In Österreich bestanden bis zum Jahr 1993 vier Bausparkassen. Danach kam es zum Marktauftritt der LBA. Mehrheitseigentümer ist die BAWAG AG/PSK AG. Der gegenständliche Zusammenschluss betrifft die dritt- und die fünftgrößte Bausparkasse, welche durch die Fusion weiterhin nur Drittgrößter bleibt. Bis zum Jahr 1999 waren die Einlagenzinsen und Bausparprämien staatlich geregelt, und erst ab diesem Zeitpunkt bestand die Möglichkeit, konkurrierende Konditionen, sowohl im Einlagen- als auch im Kreditgeschäft, anzubieten. Im Vergleichszeitraum 1. Quartal 1993 bis 1. Quartal 2004 haben sich die Marktanteile der Marktführer bei den Bauspareinlagen kaum verändert. Die LBA konnte ihre Marktanteile erst ab 1999 drastisch erhöhen. Die Marktanteile der Bausparkasse Wüstenrot sanken hingegen. Grund hierfür war offensichtlich auch die Möglichkeit für die LBA, die Vertriebsnetze von BAWAG und PSK zusätzlich zu nutzen. Auch durch die Fusion der Bank Austria mit der Creditanstalt erwuchs der Bausparkasse Wüstenrot weitere Konkurrenz durch die S-Bausparkasse. Bausparverträge werden überwiegend bei der jeweiligen Hausbank abgeschlossen.

#### **Sachlich relevante Märkte**

Im Bauspargeschäft ist auf der Einlagenseite (zumindest noch) von einem eigenen Markt auszugehen, auf der Kreditseite besteht Substituierbarkeit mit anderen Kreditformen der Wohnraumfinanzierung.

Die Besonderheiten im Einlagengeschäft liegen insbesondere in der staatlichen Prämie, die derzeit zwischen 3 und 8 Prozent betragen und für Einzahlungen bis maximal € 1.000,- bei einer sechsjährigen Bindungsdauer gewährt wird. Der dadurch begründete Anspruch auf ein Wohnbaudarlehen hat allerdings an Bedeutung verloren.

#### **Marktbeherrschung**

Auf dem Markt für Wohnraumfinanzierungen erreichen die Anmelderrinnen durch die Fusion keine marktbeherrschende Stellung.

Die Marktbeherrschungsvermutung des § 34 Abs 1a Z 3 KartG<sup>252</sup> wird durch diese Fusion erreicht. Es konnte allerdings der Gegenbeweis erbracht werden, dass durch folgende Umstände eine marktbeherrschende Stellung weder entsteht noch verstärkt wird.

Im Bausparbereich besteht auf der Einlagenseite eine gewisse Trägheit der Nachfrage – auch im Hinblick auf die Laufzeit der Bausparverträge und der dadurch seltenen Entscheidung, einen Bausparvertrag abzuschließen – so dass der Markt ein beträchtliches Maß an Fragmentierung aufweist.

Es hängt wesentlich von der Marktstellung der Anbieter in diesem Bereich ab, ob eine Reduktion von 5 auf 4 Bausparkassen wettbewerbsbeschränkend wirkt. Wird das bereits größte Unternehmen noch größer, dominiert der zinsdämpfende Effekt. Der gesicherte Marktanteil wird noch größer und die Einlagezinsen werden tendenziell sinken. Der ggstl Zusammenschluss eines sehr kleinen mit einem Mitbewerber mittlerer Größe beeinträchtigt die Wettbewerbsintensität – wenn überhaupt – nur geringfügig.

---

251 27 Kt 165, 205/04 vom 05.08.2005.

252 Ein Unternehmer hat auf dem relevanten Markt einen Anteil von mehr als 5% und gehört zu den vier größten Unternehmen auf diesem Markt, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben.

### 6.1.3.6. Gewista – Soravia<sup>253</sup>

Ulrike Ginner

Das Kartellgericht genehmigte Ende Dezember 2004 die Einbringung des Teilbetriebs „Sonderflächen“ der Gewista-WerbegmbH (Gewista) in die Werbeplakat Soravia GmbH & CO KG (WPS), an der die Gewista im Gegenzug einen Geschäftsanteil in Höhe von 33,33% erwirbt, nur unter folgenden Auflagen:

- Die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten von Gewista auf die WPS werden auf ein Minimum reduziert, insbesondere besteht für Gewista kein Recht auf Bestellung eines Geschäftsführers. Die Einflussmöglichkeiten auf die Investitionsbudgets werden reduziert.
- Es darf keine Koppelungsangebote geben. Das bedeutet, dass weder die Gewista noch die WPS Vereinbarungen abschließen dürfen, die die Vermietung von Werbeträgern einer Gesellschaft davon abhängig machen, dass der Kunde auch Werbeträger der anderen Gesellschaft anmietet. Ebenso dürfen keine Vergünstigungen für den Fall, dass zusätzliche Werbeträger bei der jeweils anderen Gesellschaft angemietet werden, eingeräumt werden.
- Die WPS ist ferner zu einer Gleichbehandlung verpflichtet. So dürfen anderen Außenwerbeunternehmen unter gleichen sachlichen Voraussetzungen keine ungünstigeren Bedingungen als der Gewista eingeräumt werden. Darüber ist bis 2009 ein jährlicher Bericht an die Amtsparteien zu übermitteln.

### 6.1.3.7. Mediaprint – Morawa

Über diese wichtige Zusammenschlussesentscheidung des Kartellgerichts wurde bereits im Wettbewerbsbericht der AK 2004 – Teil 2 auf Seite 96<sup>254</sup> berichtet.

### 6.1.3.8. Agrana – Atys<sup>255</sup>

Ulrike Ginner

Gegenstand der Anmeldung ist der Erwerb der alleinigen Kontrolle an Financière Atys SA, Frankreich, durch die Agrana Zucker und Stärke AG. Die BWB beantragte die Prüfung dieses Zusammenschlusses.

#### **Marktstruktur**

Agrana ist eine in Österreich und einer Reihe zentral- und mitteleuropäischer Staaten tätige Unternehmensgruppe und vorwiegend in der Zucker- und Stärkeproduktion tätig, durch Unternehmenskäufe erweitert Agrana ihren Geschäftshorizont auf die Herstellung und den Verkauf von Fruchtprodukten.

---

253 Siehe auch Kapitel 7.1. Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (ab Seite 142) und [www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/gewista\\_soravia.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/gewista_soravia.htm).

254 Erhältlich unter [wipol@akwien.at](mailto:wipol@akwien.at) oder als download unter <http://wien.arbeiterkammer.at/www-403-IP-19338.html>.

255 29 Kt 5/04 vom 24.05.2004.



Agrana ist ein börsennotiertes Unternehmen, an welchem die Raiffeisen-Holding NÖ/Wien maßgeblich beteiligt ist.

Atys ist mit Standorten in 16 Ländern auf 5 Kontinenten in der Fruchtzubereitung tätig. In Österreich verfügt Atys über einen Standort und wird von Agrana mit Zucker- und Stärke beliefert.

Beide Unternehmen sind in der Herstellung und dem Verkauf von Fruchtprodukten für die Nahrungsmittel- und die Getränkeindustrie tätig. Fruchtzubereitungen werden für Marmelade, Babynahrung, Fruchtojoghurt, Backwaren und Eiscreme verwendet.

Agrana plant die Rohstoffkompetenz langfristig von Frankreich nach Österreich zu transferieren. Das Atys-Werk in Österreich ist auch in der Lage, flüssige Fruchtzubereitungen herzustellen, Das Agrana-Werk ist auf stückige Fruchtzubereitung spezialisiert.

Der größte Nachfrager hat einen Marktnachfrageanteil von 44%, die restlichen weisen Marktanteile von unter 11% aus.

Für große Marktsegmente herrscht eine hohe Nachfrageelastizität. Großabnehmer – in Österreich insbesondere Großmolkereien – können leicht ins benachbarte Ausland wie Deutschland und Italien ausweichen. Für Kleinabnehmer gilt dies nicht, bei Preissteigerungen von 5 bis 10% wären diese nicht in der Lage den Lieferanten zu wechseln.

Vertikale Integrationsvorteile bei Zucker und Früchten halten sich in Grenzen. Die Finanzkraft der Konkurrenzunternehmen in Österreich und Deutschland ist ebenfalls erheblich.

### **Sachlich relevante Markt**

Der sachlich relevante Markt betrifft Fruchtzubereitungen.

### **Räumlich relevante Markt**

Dieser variiert zwischen Groß- und Kleinabnehmern.

Da gerade letztere Gruppe der Nachfrager Adressat der kartellrechtlichen Schutzbestimmungen ist, ist aufgrund der begrenzten Ausweichmöglichkeiten von einem nationalen Markt auszugehen.

### **Marktbeherrschende Stellung**

Der kumulierte Marktanteil führt zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Fruchtzubereitungsmarkt.

Das vom Kartellgericht eingeholte Sachverständigengutachten argumentiert, dass Rechtfertigungsgründe in Form der internationalen Wettbewerbsfähigkeit vorliegen. Von einer großen Auslandsinvestition seien erhebliche volkswirtschaftliche Effekte zu erwarten. Das Gericht teilte die wirtschaftspolitische Einschätzung, sah aber nicht sämtliche Rechtfertigungsgründe als gegeben an, zumal die Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit auch ohne den Zusammenschluss nicht gefährdet sei. Das Kartellgericht genehmigte den Zusammenschluss daher nur mit Auflagen. Da für 75% der Marktteilnehmer der Markt übernational, allenfalls europaweit abgegrenzt werden kann, und diesbezüglich keine marktbeherrschende Stellung entstehen würde, wurde zu Gunsten der kleinen Abnehmer mit einer Abnahmemenge von unter 500 t pa eine Verhaltensauflage verhängt. Die Auflage sah im Wesentlichen vor, dass der Fruchtzubereitungs-Preis für Kleinkunden in einem engen Band an den Durchschnittspreis für größere Kunden gebunden wird. Darüber ist ein jährlicher Bericht an die Bundeswettbewerbsbehörde zu erstatten.

## 6.1.4. Entscheidungen über Kartelle

### 6.1.4.1. Skiverbund Amadé<sup>256</sup>

Ulrike Ginner

#### **Genehmigungsantrag**

Nachdem das Kartellgericht mit Beschluss vom 10.11.2003, 29 Kt 97, 169/03-36 festgestellt hat, dass die Zusammenarbeit der Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes Amadé im Sinne der getroffenen Kooperations- und Umsatzverteilungsvereinbarung in wesentlichen Punkten dem Kartellgesetz unterliegt<sup>257</sup> und diesbezüglich ein Vereinbarungskartell (Absichtskartell) vorliegt, beantragte der Skiverbund die Kooperation iSd § 23 f KartG genehmigen zu lassen, bzw gemäß Art 5 letzter Satz der VO (EG) 1/2003 auszusprechen, dass kein Anlass bestehe, gegen den Kooperationsvertrag einzuschreiten.

Der Bundeskartellanwalt beantragte die Zurück- bzw Abweisung der Anträge und die Bundeswettbewerbsbehörde ist einer Feststellung iSd Art 5 VO 1/2003 nicht entgegengetreten.

#### **Zurückweisung der Anträge**

Das KartG hat die Kooperationsvereinbarung als Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 81 EGV eingestuft. Aufgrund des Umstandes, dass etwa 70 bis 80% der Schigäste (Mehrtagesfahrer) aus anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere aus Deutschland, den Benelux-Staaten und aus den osteuropäischen Staaten kommen, sei die Vereinbarung geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Eignung zur Beeinträchtigung sei aufgrund des Marktanteils in Österreich von rund 16,3% auch spürbar. Der Einwand des Skiverbundes, dass es sich bei den einzelnen Mitgliedern um Klein- und Mittelbetriebe handle, und die Vereinbarung somit nicht geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wurde verworfen. Immerhin sei der Skiverbund Amadé der größte Skiverbund Österreichs und trete in wettbewerblicher Hinsicht als Einheit auf.

Seit In-Kraft-Treten der VO 1/2003 mit 01.05.2004 sind nun an das Kartellgericht gerichtete Anträge folgendermaßen zu beurteilen:

Ist Art 81 EG anwendbar, dann dürfen Vereinbarungen aufgrund nationalen Rechts nur noch dann verboten werden, wenn sie auch nach Art 81 EG verboten sind. Umgekehrt können das nationale Recht und die nationale Wettbewerbsbehörde eine Vereinbarung nicht unbeanstandet lassen, wenn sie gegen Art 81 EG verstößt. Im Ergebnis setzt sich daher das Gemeinschaftsrecht durch.

Vereinbarungen iSv Art 81 Abs 1 EG sind demnach – soweit Art 81 Abs 3 EG erfüllt sind – nicht verboten. Es bedarf keiner vorherigen Entscheidung iS einer Freistellung (Legalausnahme). Feststellungsentscheidungen über die Nichtanwendbarkeit des Art 81 sind gemäß Art 10 der VO 1/2003 ausschließlich der EU-Kommission vorbehalten. Diese agiert allerdings von Amts wegen und aus Gründen des öffentlichen Interesses. Die nationalen Wettbewerbsbehörden verfügen nicht über die Befugnis zu Einzelfreistellungen.

Der Antrag des Skiverbundes Amadé auf Genehmigung des Kooperationsvertrags wurde aus diesen Gründen zurückgewiesen.

Der Antrag auf Ausspruch iSd Art 5 letzter Satz VO 1/2003 wurde ebenfalls zurückgewiesen, da dies ein Einschreiten von Amts wegen oder eine Beschwerde voraussetzt. Hiefür liegt aber nach österrei-

---

<sup>256</sup> 29 Kt 387/94 vom 18.10.2004.

<sup>257</sup> Siehe auch Wettbewerbsbericht der AK 2004 – Teil 1, S 91f.

chischem Kartell(verfahrens)recht die Ermessenskompetenz bezüglich der Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen bei den Amtsparteien. Ein Rechtsanspruch auf Erlass einer derartigen Entscheidung besteht auch deshalb nicht, weil es sich um eine „Kann“-Bestimmung handelt.

## 6.1.5. Entscheidungen über Missbrauchsverfahren

### 6.1.5.1. Missbrauchsverfahren der \*\*\* GmbH & Co KG gegen die N\*\*\* Gebietskrankenkasse – Beschluss des Kartellobergerichts

Rudolf N Reitzner

Nachdem die N\*\*\* Gebietskrankenkasse (Antragsgegnerin) 1997 im eigenen Namen und im Namen anderer Institutionen mit der Rechtsträgerin eines Ambulatoriums für physikalische Medizin einen Vertrag über die physiotherapeutische Behandlung von Versicherten auf Rechnung des Versicherungsträgers abgeschlossen hatte, kam es im Jahr 2003 zur Auseinandersetzung wegen einer von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen Zusatzvereinbarung. Diese enthielt eine Begrenzung der Anzahl der Leistungen, eine Festlegung des durchschnittlichen Behandlungswerts (Maximalbetrag) und eine rückwirkende (Jahresanfang 2003) Anhebung der Tarife um 1,8%. Als Begründung für die Zusatzvereinbarung wurde die vom Verwaltungsausschuss der Kasse beschlossene Neuregelung der Tarife für physiotherapeutische Behandlungen für 2003 angeführt, welche wegen der vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger gegenüber der Antragsgegnerin erhobenen Forderung nach einer einnahmenorientierten Ausgabenpolitik vorgenommen worden war.

Die Antragstellerin (deren Patienten-Behandlungen zu etwa Drei Viertel durch das skizzierte Vertragsverhältnis erfasst waren) verweigerte den Abschluss der Zusatzvereinbarung, worauf es durch die N\*\*\* Gebietskrankenkasse zur Kündigung des Vertrags per Jahresende 2003 kam. Im beim Kartellgericht angestrebten Missbrauchsverfahren begehrte die Antragstellerin, die Kündigung zurückzunehmen sowie es zu unterlassen, den Abschluss einer Zusatzvereinbarung zu erzwingen.

Die Antragsgegnerin bestritt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und wies darauf hin, dass sie nicht Unternehmer im Sinne des Kartellgesetzes sei; es wurde von ihr daher die Abweisung der genannten Anträge gefordert.

Das Kartellgericht erachtete die Kündigung durch die N\*\*\* Gebietskrankenkasse als gerechtfertigt, da die Bedingungen der vorgeschlagenen Zusatzvereinbarung „nicht als unangemessen“ angesehen wurden (Abweisung der Anträge der Antragstellerin; Beschluss 16 Ok 12/03).

Hinsichtlich der Frage der Unternehmereigenschaft stellte das Kartellgericht fest, dass es sich bei der N\*\*\* Gebietskrankenkasse um einen Unternehmer im Sinne des Kartellgesetzes handle, „weil die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung zu Inhabern von Ordinationen und Ambulatorien durch privatrechtliche Verträge geregelt und Körperschaften öffentlichen Rechts insoweit als Unternehmen behandelt würden, wie sie sich unternehmensähnlich am wirtschaftlichen Verkehr beteiligten“. Die Antragsgegnerin „wirke ... mit dem Abschluss von Verträgen mit den Leistungserbringern massiv marktbeeinflussend, weil sie mit dem Vertragsabschluss eine wesentliche Grundlage für die individuelle Nachfrage der Versicherten schaffe“.

Gegen den Beschluss des Kartellgerichts wurde seitens der Antragstellerin Rekurs eingebracht, der vom Kartellobergericht (16 Ok 5/04) abgewiesen wurde. Dabei wurde insbesondere auf die Frage der Unternehmereigenschaft der Antragsgegnerin eingegangen. Dies war deshalb erforderlich, da die Adressaten der kartellgesetzlichen Missbrauchsbestimmungen allein marktbeherrschende Unternehmer sind (anders ausgedrückt: Mangels Unternehmereigenschaft kann gemäß Kartellgesetz weder Marktbeherrschung noch eventueller Missbrauch festgestellt werden).

Unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 16.03.2004 (Rs C-264/01, C-306/01 ua), dh unter Berücksichtigung des Umstandes, dass „auch dem Kartellgesetz ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde liegt“, und damit „kein Grund ersichtlich (ist), bei sonst gleichem Begriffsverständnis die vom EuGH zur Einstufung der Tätigkeit von Krankenkassen im Rahmen der Anwendung der Art 81, 82 EG entwickelten Abgrenzungskriterien ... zu negieren“, kommt das Kartellobergericht (im Gegensatz zum Kartellgericht) zu dem Schluss, dass die N\*\*\* Gebietskrankenkasse im vorliegenden Fall **nicht** als Unternehmer zu qualifizieren ist, „sodass schon aus diesem Grund die ... Anträge der Antragstellerin und damit der Rekurs nicht berechtigt sind“.

Die vom EuGH – und damit auch vom Kartellobergericht – in diesem Zusammenhang (im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages, bzw des Kartellgesetzes) zur Feststellung der Unternehmereigenschaft angestellten Erwägungen lassen sich folgendermaßen skizzieren:

- Der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.
- Im Bereich der sozialen Sicherheit verfolgen bestimmte Einrichtungen, die mit der Verwaltung gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherungssysteme betraut sind, einen rein sozialen Zweck und keine wirtschaftliche Tätigkeit.
- Dies ist der Fall bei Krankenkassen, die nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen (ihre auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhende Tätigkeit wird ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt, die Leistungen werden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht).

Das Kartellobergericht sah im gegenständlichen Fall diese Kriterien als erfüllt an und stellte zusammenfassend fest, „dass die Gebietskrankenkassen, wenn sie zur Sicherstellung des gesetzlich vorgegebenen Sachleistungssystems mit den Leistungserbringern privatrechtliche Verträge abschließen (und auflösen), eine Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht entfalten, mit der sie zur Verwaltung des gesetzlichen Krankenversicherungssystems nach dem ASVG betraut sind und die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht, der durch die ... Gestaltung der Finanzierung (risikounabhängige Beitragsbemessung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit) und die im Wesentlichen gesetzliche Bestimmung des Leistungsumfangs verwirklicht wird. Sie kommen damit einer gesetzlichen Pflicht nach, die vollständig zur Tätigkeit der Krankenkassen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gehört. Insoweit verfolgen sie nach den Kriterien des EuGH einen rein sozialen Zweck und üben keine wirtschaftliche Tätigkeit aus.“

### **Ausgangssituation**

Die Telekom Austria (TA) hat verschiedenste Tarifmodelle für Festnetztelefonie, und Kunden können zwischen diesen Varianten mit jeweils unterschiedlichen Kombinationen von Grund- und Gesprächsgebühren wählen.

Noch aus Zeiten des Monopols, also vor 1998, stammten vor allem 4 Tarifmodelle mit Impulsabrechnung, wobei private Haushalte in der Regel entweder im Minimumtarif (geringste Grundgebühr von zuletzt € 14,38 – höchste Gesprächskosten) oder im Standardtarif (etwas höhere Grundgebühr von € 17,44 – dafür geringere Gesprächskosten) telefoniert haben.

Nach der Liberalisierung ergänzte die Telekom Austria diese Tarife mit neuen Modellen (TIK-TAK-Tarife), die sich durch günstige Gesprächskosten, sekundengenaue Abrechnung und vor allem durch Zusatzleistungen wie zB 60 Freiminuten in der Freizeit (bei TIK-TAK-privat) auszeichneten.

Zunächst lagen die Grundgebühren für die günstigsten TIK-TAK-Tarife noch immer über der Grundgebühr des ebenfalls angebotenen Minimumtarifs.

Der Minimumtarif wurde nach der Liberalisierung von vielen benutzt, um mit der geringsten Grundgebühr die Leistungen von so genannten Verbindungsnetzbetreibern zu nutzen und mittels Vorwahl und später mittels voreingestellter Pre-Select-Wahl über die Netze alternativer Anbieter zu telefonieren.

Der Anschluss selbst wird dabei von der Telekom Austria zur Verfügung gestellt, die Gesprächsgebühren werden aber an den Verbindungsnetzbetreiber bezahlt.

Möglichkeiten zum direkten Anschluss an alternative Netzbetreiber gibt es nur wenige, da dies in größerem Umfang für Privatkunden nur von den wenigsten Betreibern angeboten wird. Viele Betreiber nehmen die Möglichkeiten eigene Netze zu errichten oder Anschlüsse der Telekom Austria zu entbündeln nicht wahr und treten vorwiegend nur als Verbindungsnetzbetreiber auf.

### **Der Fall**

Die TIK-TAK-Tarife wurden behördlich von der Telekom-Control-Kommission genehmigt und waren schon seit einigen Jahren unwidersprochen in Kraft.

Das Problem, dass schließlich zum Missbrauchsverfahren führte, ergab sich aus einem neuerlichen Tarifiertrag der TA, der die gänzliche Abschaffung des Minimumtarifs und die Umstellung der bestehenden Minimumkunden in den Standardtarif zum Inhalt hatte.

Die rechtlichen Regelungen zum Telekommunikationsbereich verpflichten die Telekom Austria als marktbeherrschendes Unternehmen zu kostenorientierten Tarifen. Die Tatsache, dass im Minimumtarif viele Kunden ausschließlich die Anschlussleistung bezogen haben, die Gespräche aber über andere Netzbetreiber abwickelten, führte dazu, dass dieser Tarif nicht mehr kostendeckend war.

Auch dieser neue Tarifiertrag wurde von der Kommission genehmigt.

Doch die Abschaffung des Minimumtarifs führte dazu, dass der schon bestehende Tarif „TIK-TAK-Privat“ nunmehr die günstigste Möglichkeit war, die Anschlussleistung zu beziehen, da hier nun die niedrigste Grundgebühr (€ 15,98) verlangt wurde.

Gleichzeitig handelte es sich um ein „Bündel“ von Leistungen, da in dieser Grundgebühr auch eine Zusatzleistung von 1 Stunde Gratis-Gesprächen ins österreichische Festnetz (im Zeitfenster abends und Wochenende), sowie die Möglichkeit eines „best-friends“ automatisch inkludiert waren.

Nach Beschwerden von alternativen Netzbetreibern sah die Bundeswettbewerbsbehörde darin die Gefahr, dass Kunden der alternativen Netzbetreiber in den TIK-TAK-Tarif wechseln, da dieser die günstigste Möglichkeit des Zugangs zum Netz darstellt, und dann auch die inkludierten Freiminuten von der Telekom Austria konsumieren und nicht verfallen lassen. Es wurde auch weiters befürchtet, dass eine allfällig eingerichtete Carrier-Preselection – also die fest voreingestellte Verbindungsnetzbetreibervorauswahl – wieder gekündigt wird, um leichter in den Genuss der Gratisminuten zu kommen. Damit könnte der Wettbewerb zugunsten der Telekom Austria behindert werden.

Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte deshalb beim Kartellgericht den Antrag, der Telekom Austria die Anwendung dieses Tarifschemas zu untersagen, da dadurch die marktbeherrschende Stellung missbraucht werde. Gleichzeitig wurde auch ein Bußgeldantrag eingebracht.

Sowohl das Kartellgericht als auch das Kartellobergericht folgten den Argumenten und stellten einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht fest.

Es wurde der Telekom Austria untersagt, einen Tarif mit Zusatzleistungen anzubieten, wenn es keinen anderen Tarif gibt, der zu einer günstigeren Grundgebühr nur die reine Anschlussleistung beinhaltet. Zudem wurde ein Bußgeld in Höhe von € 500.000 verhängt.

Die TA hat nun daraufhin ihr Tarifschema geändert, wobei sämtliche gewünschten Zusatzleistungen erst durch weitere Pakete „zugekauft“ werden müssen.

Im Endeffekt brachte das für die Konsumenten insgesamt eine Verteuerung der Telefongebühren mit sich, weil zwar die unentgeltlichen Zusatzleistungen weggefallen sind, aber die Grundgebühren im Großen und Ganzen beibehalten wurden.

## **Fazit**

In diesem Fall spiegelt sich die mangelnde Koordination zwischen sektoraler und allgemeiner Rechtsmaterie des Wettbewerbsrechts in Österreich deutlich wider.

Obwohl hier die Tarife der TA nach dem Telekommunikationsgesetz behördlich zu genehmigen sind und dies auch geschehen ist, wurde trotzdem danach die Bundeswettbewerbsbehörde tätig und beantragte ein Verfahren vor dem Kartellgericht, welches auch schlussendlich gegen die TA und damit auch gegen das behördlich genehmigte Tarifschema entschied.

Es stellt sich die Frage der Rechtssicherheit für ein Unternehmen, das als marktbeherrschender Betreiber der tariflichen Genehmigungspflicht unterliegt.

Insgesamt wurde durch diese Entscheidung jedenfalls der Konsument schlechter gestellt als zuvor.

Die stärkere und rechtlich vorgeschriebene Koordination und gegenseitige Information der einzelnen sektoralen und allgemeinen Wettbewerbsinstitutionen und Regulatoren bereits im Vorfeld, könnte hierbei hilfreich sein, um zukünftig solche gegenläufigen Entscheidungen zu vermeiden und für die beteiligten Unternehmen auch eine längerfristige Rechtssicherheit herbeizuführen.

### 6.1.5.3. Österreichische Post AG – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Mathias Grandosek

#### **Problematik auf (Teil-) liberalisierten Märkten**

Die Liberalisierung von Märkten bringt immer wieder in konkreten Fällen neue interessante wettbewerbsrechtliche Fragestellungen mit sich.

Insbesondere im Übergang zwischen staatlich regulierten Monopolen und einem völlig liberalisierten Wettbewerb kommt es zu Konflikten zwischen dem ehemaligen Monopolisten und den neuen Mitbewerbern, zu deren Klärung immer wieder auch die Wettbewerbsinstitutionen und das Kartellgericht herangezogen werden.

Die Problematik ergibt sich hierbei insbesondere aus der Tatsache, dass einerseits die neuen Mitbewerber besonders bestrebt sind, sich möglichst rasch eine gute Marktposition zu erkämpfen, um sich frühzeitig auf den neu entstehenden Märkten zu positionieren und damit auch einen Vorsprung im Hinblick auf zukünftige Marktteilnehmer zu erarbeiten, und andererseits aus dem Umstand, dass diese Dienstleistungen verbunden sind mit besonderen Versorgungsaufgaben, so genannten „Universaldiensten“, die naturgemäß zusätzliche Bürden für den Universaldiensterbringer bedeuten, und die ohne entsprechende Verpflichtungen nicht, oder nur zu einem unzureichenden Teil, erbracht werden würden.

Dem Kartellgericht kommt in solchen Streitfällen die besonders sensible Aufgabe zu, einerseits natürlich einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ehemaliger Monopolunternehmen abzustellen, andererseits aber mit Fingerspitzengefühl die unterschiedlichen Ausgangspositionen der Wettbewerber, die sich nicht allein durch die unterschiedliche Größe ergeben, sondern sich auch in unterschiedlichen Verpflichtungen und Versorgungsaufgaben widerspiegeln, zu berücksichtigen.

Die Idee des Wettbewerbs ist ja vor allem, insgesamt eine bessere und effizientere Versorgung mit bestimmten Dienstleistungen zu günstigeren Preisen herbeizuführen.

Würde man unter dem Begriff „Wettbewerb“ nur das vorbehaltlose Verschieben von Marktanteilen von den ehemaligen Monopolisten hin zu den neuen privaten Mitbewerbern verstehen, würde sich eine gute Versorgung mit diesen Diensten vorrangig auf lukrative Bereiche konzentrieren. Damit wäre einem unerwünschten „Rosinenpicken“ Vorschub geleistet.

Hierbei müssten auch die Universaldienstbetreiber mitziehen, was die Erfüllung der Universaldienstverpflichtungen zweifellos erschwert, und damit die Versorgung unwirtschaftlicher Bereiche unter Druck bringen würde.

Dies kann natürlich kein gesellschaftlich gewünschtes Ergebnis darstellen.

Im Zuge der Liberalisierung und des sich auf diesen Märkten bildenden Wettbewerbs betreten deshalb alle Marktteilnehmer – und auch die Justiz – in vieler Hinsicht Neuland.

Dies macht die Entscheidungen besonders interessant, weil dadurch natürlich nicht nur in der Sache entschieden wird, sondern weil damit auch die Weichen für die zukünftige Entwicklung der jeweils neu entstandenen Märkte gestellt werden.

Ein Beispiel für diese Problematik und auch für die verantwortungsvolle Abwägung des Sachverhalts durch das Kartellgericht, stellt der folgende Fall eines Verfahrens gegen die Österreichische Post AG dar.

## Beschreibung des Falls

Die Post AG erbringt ihre Dienste zum Teil im bereits liberalisierten Wettbewerbsmarkt und zum Teil in einem (noch) reservierten Monopolbereich.

Der reservierte Bereich betrifft persönlich adressierte Briefsendungen mit einem Gewicht von (derzeit) 100gr oder weniger. Dieser reservierte Bereich ist in den letzten Jahren schrittweise auf diese Grenze gesenkt worden und wird auch in Zukunft noch weiter eingeschränkt.

Im Gegenzug ist die Post mit Universaldienstverpflichtungen belegt, die eine flächendeckende Versorgung zu erschwinglichen und einheitlichen Preisen sicherstellen sollen.

Im gegenständlichen Fall war die Antragstellerin ein Unternehmen, das nicht persönlich adressiertes Werbematerial, (insbesondere Prospekte und Kataloge), verteilt.

Dieses Unternehmen hat der Post vorgeworfen, in nicht zulässiger Weise an Großkunden Rabatte im reservierten Bereich zu gewähren, die wiederum von Zustellmengen in nicht reservierten Bereichen abhängig gemacht werden. Dies würde dem Quersubventionsverbot widersprechen und der Post gegenüber Mitbewerbern einen Vorteil verschaffen, da die Konkurrenz solche Instrumente nicht zur Verfügung hat. Weiters wären solche Konditionen auch nicht durch die behördlich genehmigten Tarife des reservierten Bereichs gedeckt.

Der zweite Vorwurf der Antragstellerin lautete, dass die Post ihren Mitbewerbern als Kunden, wenn sie für diese die Verteilung von unadressierten Werbesendungen übernehme,<sup>258</sup> wesentlich schlechtere Bedingungen gewähre, als ihren „Direkt“-Kunden gewährt.

Direktkunden würden für bestimmte Sendungsmengen Rabatte gewährt werden, die den privaten Dienstleistern, wenn diese bei der Post aufliefen, versagt werden.

## Die Entscheidung

Dem Vorwurf einer unzulässigen Preis- und Rabattgestaltung im reservierten Bereich bei Rahmenverträgen, die sowohl Leistungen aus dem reservierten als auch dem Wettbewerbsbereich umfassen, wurde stattgegeben. Es sei der Post hier zuzumuten, zumindest gewisse Rahmenbedingungen (zB Umsatzvolumen etc) zur Gewährleistung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit aufzustellen, wie es das PostG vorgibt.

Abgewiesen wurde hingegen der Vorwurf der preislichen Schlechterstellung von Mitbewerbern als Kunden gegenüber Direktkunden. Marktbeherrscher seien nicht verpflichtet, den gegen sie gerichteten Wettbewerb zu unterstützen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, da die Antragstellerin vorwiegend nur jene Versorgungsgebiete der Post in Anspruch nimmt, die besonders schlecht zu betreuen und nicht kostendeckend sind. Bei Direktkunden wird ein besserer Mix der Versorgungsgebiete erreicht. Deshalb könnten auch Rabatte gewährt werden.

## Fazit

Die Entscheidung des Kartellgerichts, die im Übrigen das Kartellobergericht voll bestätigt hat, kann hier zweifellos als verantwortungsbewusst gegenüber der sensiblen und besonderen Lage des Postmarkts bezeichnet werden.

---

<sup>258</sup> Private Zustellunternehmen bedienen hauptsächlich nur ausgewählte Gebiete (va städtische Ballungsgebiete), die eine Zustellung zu verhältnismäßig geringen Kosten erlauben; sie bieten keine flächendeckende Versorgung. Die Sendungsmengen ihrer Kunden, die in andere Gebiete gehen, werden von den privaten Postdienstleistern an die Post zur weiteren Verteilung weitergegeben, da diese ja einen flächendeckenden Versorgungsauftrag hat.



Von der Post eine verstärkte Transparenz zu verlangen, wie dies auch die einschlägigen europäischen und nationalen Gesetzesnormen festschreiben, ist sicherlich für die weitere Marktentwicklung positiv.

Aber auch die Ablehnung des zweiten Missbrauchsvorwurfs ist angesichts der Tatsache, dass ansonsten hier äußerst ungleiche Bedingungen für die Marktteilnehmer bestehen würden, wobei private Dienstleister hierbei verstärkt kostenintensive Zustellungen auf die universaldienstverpflichtete Post abwälzen könnten, zu begrüßen.

Das Erkenntnis, dass hierbei ein privater Zusteller nicht einem Direktkunden gleichgestellt werden kann, weil er sich quasi als Zwischenhändler auf einer anderen Wirtschaftsstufe befindet und seinerseits nachgefragte Dienste der Post sich von jenen eines Direktkunden unterscheiden – was sich auch in unterschiedlichen Rabatten niederschlagen kann, ist sowohl aus volkswirtschaftlicher als auch aus juristischer Sicht in diesem Fall sicherlich richtig gewesen und trägt auch für eine vernünftige Entwicklung des Wettbewerbs in einem durch besondere Versorgungsanforderungen geprägten Markt bei.

## 6.2. Ausgewählte Aktivitäten der Bundeswettbewerbsbehörde

### 6.2.1. Zusammenschlüsse

#### 6.2.1.1. Zusammenschluss Tele2 – UTA

Mathias Grandosek

TELE2 in Österreich ist ein Unternehmen, das sich in 100%igem Besitz der Tele2 Europe befindet, die wiederum an der Börse in Stockholm notiert (82% Streubesitz, Rest: verschiedene schwedische Investoren). Tele 2 ist seit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts 1998 in Österreich tätig, agiert dabei vor allem als Verbindungsnetzbetreiber und verfügt kaum über eigene Infrastruktur. Das Unternehmen hat sich vor allem auf private Haushalte und kleine Unternehmen spezialisiert und zählt mit ca. 500.000 Kunden zu einem der kundenstärksten, privaten Anbieter. Tele 2 beschäftigt direkt ca. 30 Mitarbeiter.

Die UTA ist ein österreichisches Unternehmen, das über Holdinggesellschaften im Besitz von Raiffeisen, Uniqa und der Landesenergieversorger stand. Landesenergieversorger hatten schon vor der Liberalisierung eigene Telefoninfrastruktur und damit die Basis, im Zuge der Marktöffnung als Telefonieunternehmen aufzutreten. Aus dieser Situation heraus wurde die UTA gegründet, die zwischenzeitlich auch in Teilbesitz der Swisscom war, die sich aber wieder aus dem Unternehmen zurückgezogen hatte. Die UTA beschäftigt ca. 460 Mitarbeiter und verfügt über eine ausgebaute eigene Infrastruktur in Österreich.

Relativ kurzfristig wurde im Jahr 2004 die Übernahme aller Anteile der UTA durch Tele2 bekannt. Die Strategie von Tele2 ist in vielen Staaten ähnlich: Bisher ist Tele2 in Österreich als reiner Wiederverkäufer ohne eigene Infrastruktur tätig, nach einem Markteintritt wird zunächst versucht, mit einer aggressi-

ven Preisstrategie einen großen Kundenstock zu akquirieren, erst dann wird im Sinne der Kostensenkung Infrastruktur dazugekauft, um dann weiter organisch oder über Akquisitionen zu wachsen.<sup>259</sup>

Mit dieser Übernahme entsteht aus dem bisher zweit- und drittgrößten Anbieter auf dem österreichischen Telefoniemarkt nun ein Unternehmen, das im Festnetz-Privatkundensegment ca 36% Marktanteil hält (gemessen in Telefoniminuten). Die Telekom Austria kommt hierbei auf ca 43%. UTA/Tele2 steigt damit zum größten alternativen Telefonanbieter mit knapp 1 Million Kunden und ca € 330 Mio Umsatz<sup>260</sup> auf.

### **Kartellrechtliche Beurteilung**

Zunächst wurden von mehreren Seiten Bedenken gegen diese Fusion geäußert.<sup>261</sup> Insbesondere wurde die Frage aufgeworfen, ob diese Übernahme genehmigungsfähig nach der neuen Fusionskontrollverordnung der EU wäre. Diese stellt nicht mehr alleine auf die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ab, sondern auch darauf, ob durch eine Fusion ein wirksamer Wettbewerb behindert werden kann. Letzteres könnte sich durch ein Zusammengehen des zweiten mit dem dritten Anbieter ergeben, weil dadurch der Wettbewerb für alle kleineren Marktteilnehmer erschwert wird.

Eine Prüfung dieses Zusammenschlusses nach der seit Mai 2004 geltenden EU-Fusionskontrollverordnung wäre der erste derartige Fall gewesen. Allerdings wurde festgestellt, dass von UTA und Tele2 die, für eine europäische Prüfung des Falles notwendigen Umsatzschwellen nicht erreicht worden sind, und somit dieser Fall ausschließlich der österreichischen Fusionskontrolle unterlag.

Die Bundeswettbewerbsbehörde kam nach Prüfung des Sachverhalts in Abstimmung mit der RTR-GmbH (Telekomregulator), der Wettbewerbskommission und dem Bundeskartellanwalt zu dem Ergebnis, keine kartellgerichtliche Prüfung dieses Zusammenschlusses zu beantragen.

Es wurde auch von anderen Unternehmen kein Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, zu dem Zusammenschluss eine Stellungnahme abzugeben.

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss wurde von der Wettbewerbsbehörde nicht gesehen, da die Telekom Austria weiterhin eine dominante Marktstellung inne hat, der Festnetzmarkt auch zunehmend durch den Mobilfunkmarkt konkurrenziert wird, die beiden Unternehmen nur zu einem Teil überschneidende Angebotsstrukturen haben, und auch koordinierende Wirkungen (also die Möglichkeit durch die Fusion Marktstrukturen zu schaffen, die eine gemeinsame Marktbeherrschung der größten Anbieter ermöglichen) nicht befürchtet werden. Aus diesen Aspekten heraus wurde von einem Prüfungsantrag an das Kartellgericht abgesehen.

Bis zur endgültigen Verschmelzung werden die beiden Unternehmen noch selbständig weitergeführt. Tele2 hat angekündigt, aufgrund des Zusammenschlusses keine Mitarbeiter bei der UTA abbauen zu wollen und versucht nun, verstärkt im Bereich der Entbündelung in direkten Wettbewerb zur Telekom Austria zu treten.

---

259 APA Online-Journal IT-Business 14.10.2004.

260 Ebenda.

261 ZB Wettbewerbsexpertin Doris Hildebrand (siehe Profil 4. Oktober 2004) oder RA Norbert Gugerbauer (Gutachten zur Fusion Tele2-UTA).

## 6.2.1.2. Österreichisches Verkehrsbüro übernimmt Ruefa-Reisen

Dorothea Herzele

Anfang November 2004 übernahm die Österreichische Verkehrsbüro AG<sup>262</sup> (ÖVB) zu einem kolportierten Kaufpreis von mehr als 20 Millionen Euro die zur Bayerischen Landesbank gehörende Ruefa Reisen AG. Dieser Zusammenschluss musste dem Kartellgericht zur Genehmigung vorgelegt werden.<sup>263</sup>

Nachdem keine der beiden Amtsparteien – Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde – beim Kartellgericht einen Prüfantrag gestellt hat, galt dieser Zusammenschluss Anfang Dezember auch als kartellrechtlich genehmigt. Damit befinden sich die größte und die zweitgrößte heimische Reisebüro-Kette unter einem gemeinsamen Dach.

Der Zusammenschluss wirkt sich vor allem auf den Markt für Reisevermittlung (Reisebüro-Markt) aus. Zu diesem Markt existieren allerdings keine aktuellen Branchenuntersuchungen. Das Marktvolumen variiert nach Angaben der Bundeswettbewerbsbehörde zwischen 1,8 Mrd bis 2,3 Mrd Euro,<sup>264</sup> der gemeinsamer Marktanteil von ÖVB und Ruefa dürfte zwischen 24 Prozent und 31 Prozent liegen.<sup>265</sup> Beide Unternehmen betreiben jeweils rund 120 Filialen. Zu Ruefa gehört auch der „Reiseladen“, das „Kärntner Reisebüro“ und „Fox-Tours“. Außerdem verfügt das Unternehmen über ca 30 Standorte in der Slowakei, in Ungarn und Tschechien. Gemessen an der Anzahl der Reisebüros in Österreich (insgesamt 2.400) beträgt der Anteil der beiden Unternehmen 10 Prozent. Ruefa erwirtschaftete im Jahr 2003 mit 413 Mitarbeitern einen Umsatz von 172 Millionen Euro,<sup>266</sup> der ÖVB-Konzern mit 550 Mitarbeitern einen Umsatz von rund 554 Millionen Euro.<sup>267</sup>

### Bundeswettbewerbsbehörde stellt keinen Prüfantrag

Die Bundeswettbewerbsbehörde führt unter anderem folgende Gründe an, warum aus ihrer Sicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegen diese Übernahme bestehen:<sup>268</sup>

Durch diesen Zusammenschluss entsteht zwar die größte Reisebüro-Kette Österreichs. Allerdings gibt es immer noch einige Konkurrenten, die groß genug sind und auch über ein entsprechendes Filialnetz verfügen, um mit dem neuen Gemeinschaftsunternehmen ÖVB und Ruefa in echter Konkurrenz zu stehen (zB Kuoni, Travelstar oder Kuoni TUI Reisedealer). Auch nimmt die Konkurrenz von reinen Internet-Reisebüros immer mehr zu.

In Österreich haben die großen Reiseveranstalter eine Angebotsmacht gegenüber den Reisebüros. So hat allein der deutsche Reiseveranstalter TUI in Österreich einen Marktanteil von 45 Prozent inne,<sup>269</sup> acht von zehn Österreichern buchen ihren Urlaub über einen deutschen Veranstalter. Die InteressensvertreterInnen der mittelständischen Reisebüros gehen davon aus, dass der Zusammenschluss von ÖVB und Ruefa ein Gegengewicht zu den großen deutschen Reiseveranstaltern schaffen könnte, von dem letztendlich die ganze Branche profitiert.<sup>270</sup>

---

262 Die Österreichische Verkehrsbüro AG gehört zu 61% der AVZ-Holding drei GmbH, zu 32% der Wiener Städtischen Allgemeinen Versicherungs AG und zu 7% der Toth Privatstiftung.

263 Gemäß § 42 a KartG.

264 Vgl: [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at).

265 Vgl: „Ruefa-Übernahme: Verkehrsbüro bekommt grünes Licht“; [www.diepresse.com](http://www.diepresse.com) vom 07.12.2004.

266 Vgl: „Verkehrsbüro kauft Ruefa: Kampfansage an Reiseveranstalter“; [www.diepresse.com](http://www.diepresse.com) vom 30.10.2004.

267 Vgl: [www.verkehrsbuero.com](http://www.verkehrsbuero.com).

268 Vgl: „Kein Antrag auf weitere Prüfung im Fall Österreichisches Verkehrsbüro – Ruefa Reisen“; [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at) vom 06.12.2004.

269 Vgl: „...und Schongang in Österreich“; [www.faktum.at](http://www.faktum.at) vom 14.09.2004.

270 Vgl: „Verkehrsbüro kauft Ruefa: Kampfansage an Reiseveranstalter“; [www.diepresse.com](http://www.diepresse.com) vom 30.10.2004.

Angesichts der Angebotsmacht der Reiseveranstalter und dem Vorhandensein einiger starker Konkurrenten auf dem Reisevermittler-Markt geht die Bundeswettbewerbsbehörde davon aus, dass Preiserhöhungen unwahrscheinlich sind. Der Zusammenschluss dürfte eher zu Preisreduzierungen aufgrund günstigerer Einkaufskonditionen sowie erzielter Synergien führen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erwartet sich durch den Zusammenschluss auch keine konkreten Auswirkungen auf (mittel)große Konkurrenten. Hingegen werden es kleine Reisebüros nach dem Zusammenschluss noch schwerer haben, allerdings sind in diesem Bereich – auch ohne Zusammenschluss – Strukturreformen unausweichlich.

### **Position der Arbeiterkammer**

Die Beurteilung der Bundeswettbewerbsbehörde des Zusammenschlusses wird auch von der Arbeiterkammer geteilt. Dafür spricht auch, dass die Markteintrittsschranken am Markt für Reisevermittlung niedrig sind. Das zeigen auch die Aktivitäten verschiedener Handelsunternehmen, die als Reisevermittler und/oder -anbieter auf diesem Markt auftreten (zB Hofer, Tchibo, Kika, Billa). Auch das TUI Reise-center, obwohl erst seit Kurzem in Österreich, konnte bereits deutlich Marktanteile gewinnen.

Zu kritisieren ist allerdings, dass keine aktuellen Daten zum Markt der Reisevermittlung<sup>271</sup> existieren. Sowohl die Bundeswettbewerbsbehörde als auch der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit haben die Möglichkeit, Branchengutachten durchführen zu lassen.

## **6.2.2. Branchenuntersuchungen**

### **6.2.2.1. Kommentar zum Sonderbericht Lebensmittelhandel**

Dorothea Herzele

Im Dezember letzten Jahres veröffentlichte die Bundeswettbewerbsbehörde in einem Sonderbericht<sup>272</sup> die ersten Ergebnisse ihrer Ermittlungen zur Frage möglicher wettbewerbsrechtlich relevanter Auswirkungen der „Nachfragemacht im Lebensmittelhandel“. Den Anlassfall bildete die Auslistung des Produkts „Neuburger“ der gleichnamigen Firma durch die Handelskette Billa, nachdem die Firma Neuburger auf einer Preiserhöhung bestand und Billa diese ablehnte.

Dies nahm die Wettbewerbsbehörde zum Anlass, um auch das wettbewerbliche Verhalten anderer Handelsketten zu überprüfen. Ausführlich untersucht wurde dabei die kartellrechtlich relevante Frage, ob einzelne Handelsketten eine marktbeherrschende Stellung inne haben und diese gegenüber ihren Lieferanten missbräuchlich ausnützten. Dies wäre zB der Fall, wenn ein großes Handelsunternehmen seine Marktmacht dazu nützt, um von seinen Lieferanten unangemessene Einkaufspreise zu erzwingen oder sachlich nicht gerechtfertigte Sonderkonditionen – wie Rabatte – zu fordern.

---

271 Vgl: „Zur Lage der Reisebüros in Österreich“, BMWA, 2001 (Erhebungszeitraum 1995 bis 1998).

272 Vgl: <http://www.bwb.gv.at> sowie Bericht der Bundeswettberbsbehörde in dieser Ausgabe.

## Keine beweisrelevanten Informationen

Das Ergebnis dieses Sonderberichts brachte für ExpertInnen keine überraschenden Erkenntnisse: Zwar gab es zahlreiche Berichte über die oft sehr harten Verhandlungs- und Geschäftspraktiken einzelner Handelsketten, „gerichtstaugliche“ Beweismittel stellten diese Aussagen aber nicht dar. Die Lieferanten weigerten sich, konkret gegen bestimmte Handelsunternehmen auszusagen.

Bereits in Missbrauchsverfahren<sup>273</sup> vor dem Paritätischen Ausschuss für Kartellangelegenheiten (PAKT)<sup>274</sup> wurden ähnliche Erfahrungen gemacht: Die befragten Lieferanten waren kaum bereit, rechtlich relevante Informationen zu geben. Im Gegensatz zum PAKT, der nur als Gutachter tätig war,<sup>275</sup> stehen der Bundeswettbewerbsbehörde jedoch weit reichende Ermittlungsinstrumente<sup>276</sup> zur Verfügung. Im Sonderbericht führt die Bundeswettbewerbsbehörde aus, dass die Ermittlungsergebnisse aus förmlichen Vernehmungen, Gesprächen und behördlichen Auskunftsverlangen resultieren. Nicht ausgeführt wird allerdings, warum die Bundeswettbewerbsbehörde nicht andere Ermittlungsmethoden – wie zB Hausdurchsuchungen<sup>277</sup> – angewendet hat. Die äußerst schwierige Beschaffung beweisrelevanter Informationen in Missbrauchsverfahren rechtfertigt nach Meinung der AK den Einsatz strenger Ermittlungsmethoden.

In diesem Zusammenhang ist auf ein ähnliches (allerdings erfolgreich) geführtes Missbrauchsverfahren des deutschen Bundeskartellamts gegen die Handelsketten Lidl, Wal-Mart und Aldi Nord hinzuweisen.<sup>278</sup> Maßgebend für die Beweisführung waren die Aussagen der Lieferanten, obwohl diese Handelsketten in Deutschland auch über starke Nachfragemacht verfügen.

## Neue Antragsrechte für Bundeswettbewerbsbehörde

Die Bundeswettbewerbsbehörde kritisiert auch den Umstand, dass ihr eine zweite rechtliche Möglichkeit verwehrt ist: Sollte eine Handelskette gegen das Gebot des „kaufmännischen Wohlverhaltens“ gemäß dem Nahversorgungsgesetz (NVG) verstoßen,<sup>279</sup> kann die Bundeswettbewerbsbehörde dagegen nicht vorgehen. Weder sie noch der Bundeskartellanwalt sind gemäß Nahversorgungsgesetz beim Kartellgericht antragsberechtigt.<sup>280</sup> Dieser Kritik ist zuzustimmen. Eine Novelle des Nahversorgungsgesetzes hat dieser Notwendigkeit bereits Rechnung getragen. Die Arbeiterkammer hat in ihrer diesbezüglichen Stellungnahme den Vorschlag, der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt Antragsrechte einzuräumen, befürwortet.

Allerdings ist fraglich, ob die im Sonderbericht angeführten Ermittlungsergebnisse für die Einleitung eines Verfahrens nach dem Nahversorgungsgesetz ausgereicht hätten: Bei der Antragstellung muss – anders als nach dem Kartellgesetz – kein Nachweis erbracht werden, dass das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung inne hat. Für den Nachweis, dass ein Unternehmen Verhaltensweisen gesetzt hat, die einen „Verstoß gegen das kaufmännische Wohlverhalten“ darstellen, müssen dem Kartellgericht „gerichtstaugliche“ Beweismittel vorgelegt werden.

---

273 Vgl: Fall „Billa/Pfeiffer“ oder Fall „DM/Schlecker“ in: Wettbewerbsbericht der AK 2001, Teil 1, S 50 ff.

274 Durch die Kartellgesetznovelle 2002 wurde der PAKT, der als Gutachter für das Kartellgericht fungierte, abgeschafft und zwei neue Behörden, die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt, eingeführt.

275 Vgl: § 112 KartG 1988.

276 Vgl: §§ 11 und 12 Wettbewerbsgesetz (WettbG).

277 Vgl: § 12 Abs 1 Z 1.

278 Vgl: Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 07.09.2000 gegen Wal-Mart, Lidl und Aldi Nord wegen Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis.

279 Vgl: § 1 Nahversorgungsgesetz (NVG).

280 Vgl: § 7 NVG.

## **Weitere Maßnahmen**

Die Bundeswettbewerbsbehörde sollte die Erkenntnisse, die in dem Verfahren gewonnen wurden, in ihren „Standpunkten“<sup>281</sup> veröffentlichen. Insbesondere sollte dargestellt werden, welche Sachverhalte im Bereich des Lebensmittelhandels nach Ansicht der Bundeswettbewerbsbehörde einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (gemäß § 35 KartG) bzw einen Verstoß gegen das Gebot des „kaufmännischen Wohlverhaltens“ (gemäß § 1 NVG) darstellen können.

Der Lebensmittelhandel, als eine der hoch konzentrierten Branchen in Österreich, sollte – wie im Sonderbericht auch ausgeführt – einer regelmäßigen Untersuchung durch die Bundeswettbewerbsbehörde unterzogen werden.

---

<sup>281</sup> Unter dieser Rubrik auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) werden Standpunkte der BWB zu allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen, die in der täglichen Praxis wiederholt an sie herangetragen wurden, veröffentlicht. Vgl: <http://www.bwb.gv.at>.

# 7. BERICHTE ÜBER/VON REGULIERUNGS- UND WETTBEWERBSBEHÖRDEN

## 7.1. Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde

Peter Matousek

### Allgemein

Als wesentlichste, weil mit sehr umfangreichen Konsequenzen sowohl faktischer als auch rechtlicher Natur verbundene Entwicklung ist das In-Kraft-Treten der neuen Durchführungsverordnung zu den Art 81 und 82 EG-V am 1. Mai 2004 zu nennen.

Die VO 1/2003 stellt die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts insofern auf eine völlig neue Basis, als von einem im Wesentlichen zentralisierten Genehmigungssystem, in dem ausschließlich die Kommission dazu befugt war, im Einzelfall Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot auszusprechen, auf ein dezentralisiertes Legalausnahmesystem umgestellt wird: In einem engen Netzwerk nationaler Behörden sind letztere zur Durchsetzung des Kartellverbots angehalten, Anmeldungen gibt es nicht mehr.

Dies hatte aus einer Reihe von Gründen einen stark erhöhten Arbeitsaufwand zur Folge: Nicht nur brachte die zur Vermeidung von Inkohärenzen notwendige laufende Koordination mit den anderen Behörden des Netzwerks einen beträchtlichen Verwaltungsaufwand mit sich, sondern es führt die dezentralisierte Rechtsdurchsetzung auch zu einer Ausweitung der (gegenüber der Kommission verpflichtenden, gegenüber Schwesterbehörden zwar freiwilligen, im Hinblick auf zukünftige Zusammenarbeit aber nicht vermeidbare) Assistenzleistungen (Hausdurchsuchungen und Erteilung von Auskünften) mit sich.

Die Zahl der Nachprüfungen ist jedenfalls dramatisch angestiegen, wobei die meisten von der Kommission unter Assistenz der BWB durchgeführt wurden. Daneben wurde aber auch eine Hausdurchsuchung auf Ersuchen des deutschen Bundeskartellamts vorgenommen.

### Einzelfälle

#### **Marktmachtmissbrauch: Tarifsystem der Telekom Austria AG (29 Kt 9/04)**

Im Juli 2003 wurde das neue Tarifsystem der Telekom Austria (in der Folge: TA) implementiert. Als wesentliche Änderung wurde der Minimumtarif abgeschafft, da dieser Tarif nicht mehr kostendeckend operierte. Endkunden, die bisher diesen Tarif gewählt hatten, wurden automatisch in den Standardtarif (höhere Grundgebühr) umgestellt. Als billigste Möglichkeit, die Anschlussleistung von der TA zu bezie-

hen, blieben nunmehr die (auch schon bisher verfügbaren) TIK-TAK-Tarife, die jeweils bestimmte Verbindungsleistungen inkludieren.

Die Wahlmöglichkeiten der Endkunden beim Bezug der Anschlussleistung sind derzeit extrem beschränkt. Anders verhält es sich bei den Verbindungsleistungen, die Endkunden über dauerhafte Verbindungsnetzbetreibervorauswahl (Carrier Preselection – CPS) oder Verbindungsnetzbetreiberwahl im Einzelfall (Call-by-Call – CbC) auch von zahlreichen alternativen Netzbetreibern beziehen können. Für diese Endkunden der TA, die aber die Anschlussleistung nach wie vor fast ausschließlich von der TA beziehen, ist es naheliegend, den günstigsten Tarif für diese Anschlussleistung der TA zu wählen.

Deshalb war zu erwarten, dass (auch) die Endkunden der alternativen Netzbetreiber vermehrt einen TIK-TAK-Tarif wählen würden, weil dieser ihnen die günstigste Möglichkeit zum notwendigen Bezug der Anschlussleistung von der TA bot. Ebenso konnte mittelfristig erwartet werden, dass die Endkunden die in den TikTak-Tarifen inkludierten Verbindungsleistungen der TA, die sie mit der Bezahlung der Anschlussleistung bereits nolens volens mitbezahlt hatten, nicht verfallen lassen, sondern konsumieren würden.

Unabhängig von einer tatsächlichen Konsumierung ist die Aussicht auf die kostenlose Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen in nicht unbeachtlichem Ausmaß jedenfalls ein Anreiz für den Konsumenten. Es bestand daher die Möglichkeit, dass die Endkunden eine etwa schon installierte CPS kündigen würden, um bei der Konsumierung der inkludierten Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin nicht jedes Mal deren Vorwahl wählen zu müssen.

Aus diesen Umständen ergab sich die Eignung des Tariffsystems der TA, die Entwicklung des Wettbewerbs zu beeinträchtigen.

Das Kartellgericht hat auf Antrag der BWB festgestellt, dass die Verknüpfung der unter monopolartigen Marktverhältnissen erbrachten Anschlussleistung mit Verbindungsleistungen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, und hat der TA aufgetragen, den Missbrauch abzustellen sowie ein Bußgeld von € 500.000,- verhängt. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat die Entscheidung des Kartellgerichts in allen wesentlichen Punkten bestätigt.

### **Zusammenschluss Henry Schein Inc – demedis GmbH (Austrodent Handels-GmbH) – EDH Holding GmbH<sup>282</sup>**

Die Henry Schein Inc, Melville, New York, die in Summe größte Anbieterin von Produkten und Dienstleistungen für niedergelassene Zahnärzte und Ärzte in Europa, plante den Erwerb sämtlicher Anteile an der demedis GmbH (mit Gesellschaften in Deutschland, Österreich und den Benelux-Ländern) und der Euro Dental Holding GmbH. Demedis ist in Österreich über die Austrodent Handels-GmbH aktiv. Austrodent zählt zu den leistungsstärksten Handels- und Dienstleistungsunternehmen für Dentalverbrauchsmittel und -einrichtungen am heimischen Dentalmarkt und ist als Full-Service-Anbieter hochwertiger Produkte und Dienstleistungen für österreichische Zahnärzte etabliert.

Die Bundeswettbewerbsbehörde sah in der Akquisition des führenden österreichischen Dentalbetriebs die Gefahr der Verdrängung kleiner Anbieter aus dem Markt und höherer Preise für Zahnärzte und Konsumenten. Die Bedenken der BWB mündeten nach umfangreichen Recherchen in einem Antrag auf Durchführung eines Verfahrens vor dem Kartellgericht.

---

282 25 Kt 131/04.



Kurz vor Ablauf der Entscheidungsfrist des Kartellgerichts zogen die Anmelder ihre Anmeldung zurück und verzichteten gleichzeitig darauf, ihr ursprünglich geplantes Vorhaben neuerlich anzumelden. Der Grund dafür war, dass innerhalb der Entscheidungsfrist eine rechtzeitige Einigung über Auflagen mit der BWB bzw dem Kartellgericht nicht erzielt werden konnte. Nach der Zurückziehung der Anmeldung unter Anspruchsverzicht sieht die BWB funktionsfähigen Wettbewerb am österreichischen Dentalmarkt weiterhin gewährleistet.

Mittlerweile wurde der Zusammenschluss in – auf Betreiben der Bundeswettbewerbsbehörde mit dem Ziel der Beseitigung der ursprünglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken – stark modifizierter Form neu eingebracht.

### **Zusammenschluss Werbeplakat Soravia GmbH & Co KG, Gewista-WerbeGmbH<sup>283</sup>**

Gegenstand des angemeldeten Zusammenschlusses war die Einbringung des Teilbetriebs „Sonderflächen“ (ds Megaboards) der Gewista-WerbeGmbH (Gewista) in die Werbeplakat Soravia GmbH & Co KG (WPS), wobei Gewista im Gegenzug einen Geschäftsanteil in Höhe von 33,33% an WPS erwirbt.

Wenngleich die Einbringung der Sonderflächen in die WPS unter Berücksichtigung der Tatsache der Marktführerschaft der Gewista in einer Reihe von Märkten grundsätzlich positiv zu bewerten ist, war zu berücksichtigen, dass Gewista durch den angemeldeten Zusammenschluss gemeinsame Kontrolle und damit entscheidenden Einfluss auf WPS gewinnt. Dies war aufgrund der Übermacht von Gewista gerade am wichtigen Wiener Markt sehr bedenklich, weswegen die Amtsparteien Prüfungsanträge stellten.

Nach intensiven Verhandlungen sowie einem fundierten ökonomischen Gutachten genehmigte das Kartellgericht den Zusammenschluss Ende Dezember 2004 unter einer Reihe gravierender Beschränkungen und Auflagen.

Den Bedenken der Bundeswettbewerbsbehörde Rechnung tragend wurden insbesondere die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten von Gewista auf WPS auf ein Minimum reduziert. Weitere Eckpunkte sind ein Koppelungsverbot für Werbeträgervermietungen durch Gewista und WPS sowie das Gleichbehandlungsgebot, das WPS verbietet, anderen Außenwerbeunternehmen bei der Vermietung von Werbeträgern unter sachlich gleichen Voraussetzungen ungünstigere Bedingungen einzuräumen als der Gewista.

## **Branchenuntersuchungen**

### **Lebensmittelhandel**

Anfangs Juni 2004 berichteten die Medien, Billa habe einen Lieferanten ausgelistet, weil er nicht bereit gewesen sei, den von Billa gewünschten Einkaufspreis zu akzeptieren.

Die BWB nahm sich pflichtgemäß von Amts wegen dieses Falles an, was eine Flut weiterer Beschwerden, Hinweise etc wegen angeblichen Missbrauchs der Nachfragemacht durch Handelsketten des Lebensmitteleinzelhandels nach sich zog. All diesen Beschwerden und Hinweisen ist die Bundeswettbewerbsbehörde nachgegangen.

---

283 26 Kt 358, 418, 419/04.

Der Anlassfall stellte sich zwar sehr bald als wettbewerbsrechtlich irrelevant heraus, die Bundeswettbewerbsbehörde hat angesichts der vielfach beklagten Situation im Lebensmitteleinzelhandel aber ihre Ermittlungen fortgesetzt und ca 50 förmliche Vernehmungen von Lieferanten (aber auch ehemaliger Einkäufer) sowie eine Reihe sonstiger Befragungen durchgeführt und (ca 170) behördliche Auskunftsverlangen versandt.

Stellte sich auch – nicht wirklich überraschend – immer wieder heraus, dass die Lieferanten im beachtlichen Maße konkrete Auskünfte entweder überhaupt zu vermeiden suchten, oder aber fast ausschließlich erklärten, sie hätten zum Lebensmitteleinzelhandel (also ihren Abnehmern) das allerbeste Verhältnis, und alles sei in Ordnung, konnte die Bundeswettbewerbsbehörde doch zahlreiche Informationen gewinnen, die ein konkreteres Bild dieses Markts erlauben.

Die BWB wird das umfangreiche vorliegende Material nicht nur genau daraufhin prüfen, ob es in dem einen oder anderen Fall Beweise gibt, die ein Verfahren auch vor dem Kartellgericht (Bußgeldverfahren) angezeigt erscheinen lassen, sondern auch nähere Zahlen und Daten zur Nachfragemacht von Handelsketten/Filialketten im Lebensmitteleinzelhandel erarbeiten und – selbstverständlich unter Respektierung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – etwa Ende März 2005 veröffentlichen.

## **Elektrizität**

Preissteigerungen bei der Belieferung mit Strom hatten 2004 zu einer emotionalen öffentlich geführten Diskussion über die Wettbewerbssituation in der heimischen Elektrizitätswirtschaft geführt.

Thematisiert wurde dabei neben der Preisentwicklung an sich insbesondere die faktische Orientierung an Notierungen der Strombörsen sowie die Schwierigkeit, (attraktive) Alternativangebote zu erhalten.

Vor diesem Hintergrund hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im September 2004 die Durchführung einer allgemeinen Untersuchung der Elektrizitätswirtschaft („Branchenuntersuchung“) gemäß § 2 Abs 1 Z 3 WettbG durch Bundeswettbewerbsbehörde und Stromregulator angeregt.

Im Rahmen der Untersuchung wurden insgesamt fast 800 Auskunftsverlangen versandt. Befragt wurden einerseits gewerbliche und industrielle Stromkunden, andererseits Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (Vertrieb, Netzbetrieb, Handel).

Ziel der Befragung war es, ein umfassendes Bild über die Angebots- und Preisstruktur auf dem Markt für die Belieferung mit elektrischer Energie zu gewinnen, das eine fundierte Beurteilung der Wettbewerbssituation ermöglicht.

Die bisherigen Ergebnisse dokumentieren einen Preisanstieg bei allen Kundengruppen sowie die praktisch durchgängige Bezugnahme der Lieferanten auf Börsenotierungen.

Weiters ergibt sich aus den ausgewerteten Stellungnahmen:

- Die angestammten Versorger haben in ihren jeweiligen traditionellen Gebieten nach wie vor eine sehr starke Marktstellung, das Ausmaß des „Versorgerwechsels“ bewegt sich auf niedrigem Niveau. Alternative und interessante Angebote aus dem Inland bleiben weitestgehend aus; ausländische Anbieter spielen eine völlig unbedeutende Rolle. Das günstigste Angebot stammt weit überwiegend vom angestammten Versorger.
- Die Tarifmodelle, die zum Teil den reinen Energiepreis nicht gesondert ausweisen (zB All-Inclusive-Verträge), erschweren die Vergleichbarkeit der Angebote. Die Transparenz hält sich also in Grenzen.

- Energie-Allianz und Österreichische Stromlösung werden zunehmend kritisch hinterfragt, zumal der seinerzeit erwartete nationale und vor allem auch europäische Wettbewerb nicht eingetreten ist.
- Stark kritisiert wird die Höhe von Steuern, Abgaben und Zuschlägen, und auch die Netztarife werden von den Kunden als überhöht angesehen und als Benachteiligung neuer Anbieter gegenüber angestammten Versorgern bezeichnet.
- Auf große Kritik stößt auch das durchgehende sich Gebundenhalten der Stromversorger an Börsennotierungen, wenn es um die Verkaufspreise geht.

Damit ist die weitere Stoßrichtung der Branchenuntersuchung vorgezeichnet:

- Sind die Preiserhöhungen tatsächlich und inwieweit durch gestiegene Großhandelspreise schlüssig erklärbar?
- Wie sehr ist die faktische Bindung an Börsennotierungen wirtschaftlich und rechtlich nachvollziehbar?
- Durch welche Maßnahmen können Markteintrittsbarrieren (insbesondere auch ausländischer Versorger) reduziert werden? Der Staat? Die Eigentümer? Die Politik? Wer ist gefragt?
- In welchen angestammten Versorgungsgebieten existiert in einem kartellgesetzlichen Sinn eine „marktbeherrschende Stellung“? Ist es wahr, dass sie missbraucht wird? Gibt es in diesem Zusammenhang besondere rechtliche und/oder politische Verpflichtungen, sich stärker an dem zu orientieren, was man „öffentliches Interesse“ oder „Gemeinwohl“ nennt?

Der nächste Zwischenbericht ist für das erste Quartal 2005 geplant.

## **Gas**

Insbesondere der weithin kritisierte Mangel an Wettbewerb und von mehreren Unternehmen zeitgleich angekündigte Preiserhöhungen haben Bundeswettbewerbsbehörde und Energieregulator veranlasst, parallel zur Branchenuntersuchung Elektrizitätswirtschaft auch eine allgemeine Untersuchung des Gasmarkts einzuleiten.

Als ersten Schritt in dieser Untersuchung hat die Bundeswettbewerbsbehörde 450 Auskunftsverlangen an gewerbliche und industrielle Gaskunden sowie an 70 Unternehmen der Gaswirtschaft verschickt.

## 7.2. Tätigkeitsbericht der Amtspartei Bundeskartellanwalt

Alfred Mair

### Überblick

Auch im Jahr 2004 ist der Geschäftsanfall der Amtspartei Bundeskartellanwalt – korrelierend mit jenem des Kartellgerichts – gestiegen: Insgesamt wurden 634 Verfahren behandelt, darunter 379 Zusammenschlussanmeldungen.

In sechs Zusammenschlussverfahren wurden vom Bundeskartellanwalt Prüfungsanträge (davon vier gemeinsam mit der Bundeswettbewerbsbehörde) gestellt, wobei in einem Fall in erster Instanz die Durchführung des Zusammenschlusses untersagt und in zwei weiteren Fällen die Freigabe nur unter erheblichen Auflagen erteilt wurde. In zwei Fällen wurde der Zusammenschluss ohne Auflagen freigegeben, in einem weiteren Verfahren wurde die Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen.

In einem über Antrag des Bundeskartellanwalts eingeleiteten Verfahren hat das Kartellgericht die verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses festgestellt (nicht rechtskräftig), in zwei anderen derartigen Verfahren wurde die Bundeswettbewerbsbehörde als Antragstellerin unterstützt.

In insgesamt zehn Verfahren wurde die Verhängung einer Geldbuße beantragt, die auch in vier Fällen verhängt wurde (zwei Anträge wurden zurückgezogen, vier Verfahren sind noch anhängig).

In vier Fällen wurde ein Antrag auf Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung gestellt, die in zwei Fällen zu Änderungen der Verbandsempfehlungen führte (auch hier sind zwei Verfahren noch anhängig).

Darüber hinaus konnten im außergerichtlichen Verhandlungswege mehrere lange anhängige Verfahren im Bereich der unverbindlichen Verbandsempfehlungen zu einem einvernehmlichen positiven Abschluss gebracht werden.

In weiteren insgesamt 35 verschiedensten kartellgerichtlichen Verfahren hat die Amtspartei Bundeskartellanwalt ausführliche begründete schriftliche Stellungnahmen abgegeben.

Nachstehend sollen einige bedeutsame, von der Amtspartei Bundeskartellanwalt initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt werden.

### Zusammenschlusskontrolle

#### **Bausparkasse Wüstenrot AG / LBA Landesbausparkasse AG**

Nicht zuletzt wegen der bestehenden hohen Marktkonzentration im Bausparkassektor, wegen nicht auszuschließender möglicher Auswirkungen auf Spar- und Kreditkunden (denkbarer geringerer Preiswettbewerb bei Finanzdienstleistungen) beantragte der Bundeskartellanwalt die Prüfung dieses Zusammenschlusses. Das Prüfungsverfahren kam aufgrund von umfangreichen Befragungen und unter Zuhilfenahme ökonomischer Methoden zum Schluss, dass der sachlich relevante Markt in jenen für Bauspareinlagen und jenen für Wohnbaufinanzierung (und gerade nicht aller Kreditfinanzierungen) zu unterteilen ist. Da jedoch die Nachfrage von Bausparverträgen in hohem Maße von Gewohnheitsverhalten bestimmt ist und kaum auf Konditionsveränderungen der einzelnen Anbieter reagiert, habe der Zusammenschluss allgemein eher eine Senkung des Preisniveaus (durch deren stärkere Wettbe-

werbsposition) als dessen Anhebung zur Folge. Der Zusammenschluss wurde folglich ohne Auflagen genehmigt. Wichtig an der Entscheidung ist, dass das Kartellgericht erstmals die relevanten Märkte im Bausparbereich definierte und oligopolistische Marktstrukturen einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unterzog.

### **Lenzing AG / Tencel Holding Ltd**

Im Jahr 2001 untersagte die Europäische Kommission rechtskräftig die indirekte Übernahme der alleinigen Kontrolle der Lenzing AG durch die CVC Capital Partner Group Ltd, da CVC damals bereits Accordis, den größten Konkurrenten von Lenzing in Europa und den einzigen Wettbewerber in den USA kontrollierte. Im Mai 2004 meldete die Lenzing AG beim Kartellgericht die indirekte Übernahme sämtlicher Anteile an der britischen Tencel Holding Ltd an, die Teil der CVC-Gruppe ist. Lenzing produziert die cellulosischen Fasern Viskose und Lyocell, Tencel stellt ausschließlich Lyocell unter der Marke „Tencel“ her. Lyocell ist – ebenso wie Viskose – eine aus Holz gewonnene Chemiefaser (Cellulosefaser), deren Produkteigenschaften (Haltbarkeit bei Nässe, Festigkeit, Rauheit) sich jedoch deutlich von Viskose und Baumwolle unterscheiden. Lyocell ist eine erst seit rund 10 Jahren auf dem Markt befindliche Faser, die – im Gegensatz zu Viskose – sehr umweltfreundlich produziert wird. Das Kartellgericht teilte die vom Bundeskartellanwalt im Prüfungsantrag geltend gemachten Bedenken und untersagte nach mehrmonatiger intensiver Prüfung den Zusammenschluss primär deshalb, da durch die Genehmigung der Fusion faktisch ein weltweites Monopol von Lenzing für die Erzeugung von Lyocell entstünde. Es legte seiner Entscheidung dieselbe sachliche Marktabgrenzung wie die Europäische Kommission zugrunde, die ebenfalls von einem eigenen Markt für Lyocell ausging. Die von den Zusammenschlusswerbern in der finalen Verfahrensphase angebotenen Auflagen und Zusagen waren für das Kartellgericht insbesondere bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung nicht ausreichend. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

### **Werbeplakat Soravia GmbH & Co KG / Gewista Werbegesellschaft mbH**

Der Zusammenschluss betraf die Einbringung des Bereichs „Sonderflächen“ (sehr große Plakatflächen mit mehr als 30 m<sup>2</sup>) der Gewista in die Werbeplakat Soravia, wobei Gewista im Gegenzug einen Anteil an Soravia sowie gemeinsame Kontrolle erwirbt. Gewista ist ein auf Außenwerbung spezialisiertes Unternehmen mit einem Marktanteil von weit über 50% im relevanten Wiener Raum, Soravia weist auf diesem Markt zwischen 5 und 10% Marktanteil auf. Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte einen Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses, der Bundeskartellanwalt unterstützte sie mit einem etwas anders gewichteten Prüfungsantrag. Das Kartellgericht folgte dem in seinem Auftrag erstellten Sachverständigengutachten und stellte fest, dass die Preisindizes der verschiedenen Werbemedien gar nicht bis schwach miteinander korreliert sind, dass (ebenfalls nach dem hypothetischen Monopolistentest<sup>284</sup>) von eigenständigen Märkten auszugehen ist, was auch durch eine Kundenbefragung bestätigt wurde. Offen gelassen wurde die Frage, ob der Markt für Großflächen einen eigenen Submarkt für Plakatwerbung darstellt, klargestellt wurde aber erstmals, dass die Außenwerbung aus Nachfragersicht als eigener sachlich relevanter Markt zu beurteilen ist. Der Zusammenschluss wurde letztendlich mit weit reichenden Auflagen genehmigt.

---

284 Dem hypothetischen Monopolistentest liegt folgende Frage zugrunde: Angenommen, alle Güter und Dienstleistungen würden von einem einzigen Unternehmen angeboten werden, wäre eine kleine und dauerhafte Erhöhung der Preise im Bereich von 5% bis 10% profitabel oder würden so viele Kunden auf andere Produkte ausweichen, dass diese Preiserhöhung zu Verlusten führen würde?

## **Antrag auf Feststellung verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses**

### **Brau Union Österreich AG / Schladminger Brau GmbH**

Im Jahr 2001 meldete die Brau Union Österreich AG beim Kartellgericht den Erwerb von 33% des Zielunternehmens gemäß § 41 Abs 1 Z 5 KartG an. Trotz der Minderheitsbeteiligung werde aufgrund verschiedener Umstände alleinige Kontrolle an der Zielgesellschaft bestehen. Dieser Zusammenschluss wurde nach einem Prüfungsverfahren unter Auflagen genehmigt. Anfang 2003 wurde der Anteil am Zielunternehmen von 33% auf 90% aufgestockt, ohne dass dies beim Kartellgericht angemeldet wurde. Daraufhin stellte die Amtspartei Bundeskartellanwalt einen Antrag auf Feststellung der verbotenen Durchführung des Zusammenschlusses, im Wesentlichen mit der Begründung, dass mit der Aufstockung die 50%-Schwelle des § 41 Abs 1 Z 3 KartG überschritten wurde und jedenfalls hätte angemeldet werden müssen. Die Bundeswettbewerbsbehörde unterstützte diesen Antrag mit begründeten Stellungnahmen. Die Antragsgegner beriefen sich im Verfahren unter anderem auf das so genannte „Konzernprivileg“, das – neben der behaupteten, bereits bestehenden alleinigen Kontrolle an der Zielgesellschaft – die Anmeldung der Aufstockung nicht erforderlich mache. In seiner Entscheidung schloss sich das Kartellgericht der Rechtsansicht des Bundeskartellanwalts an und stellte fest, dass der Zusammenschluss betreffend die Erhöhung der Beteiligung der Antragsgegnerin an der Schladminger Brau GmbH von 33% auf 90% hätte angemeldet werden müssen. Wichtige Klarstellungen des Kartellgerichts erfolgten zum schwierigen Verhältnis von Z 3 und Z 5 des § 41 Abs 1 KartG: Der Katalog des § 41 Abs 1 KartG, insbesondere dessen Z 3, sei als abstrakter Gefährdungstatbestand aufzufassen, der immer dann zur Anwendung zu bringen sei, wenn seine Voraussetzungen formal erfüllt werden; auf den Nachweis einer konkreten Beherrschungsmöglichkeit sei zu verzichten. Das Vorliegen des „Konzernprivilegs“ wurde deshalb verneint, weil nicht alle an der Anteilsveräußerung beteiligten Unternehmen (Veräußerer, Erwerber, Zielgesellschaft) einem Konzern angehörten. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

### **Geldbußenanträge**

Im Bereich der unverbindlichen Verbandsempfehlungen wurden über Antrag des Bundeskartellanwalts (teils unterstützt von der Bundeswettbewerbsbehörde) vom Kartellgericht insgesamt acht Geldbußenverfahren wegen nicht bzw nicht kartellrechtskonformen Widerrufs gegen mehrere Fachverbände eingeleitet. In zwei Fällen konnte der Sachverhalt aufgeklärt und die Anträge daher zurückgezogen werden, in insgesamt vier Fällen verhängte das Kartellgericht Geldbußen in unterschiedlicher Höhe. Zwei Verfahren sind noch anhängig.

In zwei Fällen wurde die Verhängung von Geldbußen wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses beantragt (anhängig bzw nicht rechtskräftig).

Von besonderer Bedeutung ist die Tatsache, dass sich die vom Kartellgericht entschiedenen (und teilweise vom Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht bereits bestätigten) Geldbußenverfahren erstmals mit dem durch die KartG-Nov 2002 eingeführten neuen Sanktionssystem auseinandersetzen, das unter dem Titel „Entkriminalisierung“ eine Abkehr vom strafgerichtlichen Sanktionswesen hin zum am Gemeinschaftsrecht orientierten Geldbußensystem gebracht hat. In mehreren Entscheidungen wird ausdrücklich klargestellt, dass die Geldbußentatbestände hinreichend konkret sind und dagegen auch unter dem Gesichtspunkt der EMRK (wie manche Antragsgegner im Verfahren argumentierten) keine Bedenken bestehen.

## **Unverbindliche Verbandsempfehlungen**

### **Möbeltransportentgelte**

Im Jahr 2002 wurden die Möbeltransportentgelte als unverbindliche Verbandsempfehlung angezeigt. Die Amtspartei Bundeskartellanwalt stellte einen Widerrufs Antrag und wies darauf hin, dass die Preissteigerungsrate gegenüber der Inflationsrate überproportional hoch sei, dass das Niveau der unverbindlichen Verbandsempfehlung bei verschiedenen Posten doppelt so hoch wie Preise von Ausschreibungen seien, diese unverbindlich empfohlenen Preise jedoch tatsächlich mit einem allgemeinen Abschlag von 20% gegenüber Endkunden angeboten wurden und insbesondere das Kostendenken der Speditionen selbst behindere. Die Bundeswettbewerbsbehörde äußerte sich insbesondere hinsichtlich der Unvereinbarkeit empfohlener Tarife mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht. Nach langen, letztlich aber konstruktiven Verhandlungen wurde die unverbindliche Verbandsempfehlung widerrufen und stattdessen vom Fachverband für seine Mitglieder eine Excel-Tabelle zur Kalkulation der tatsächlichen Kosten entwickelt. Diese Tabelle enthält zwar allgemeine Preiselemente, wie Kollektivvertragslöhne, Überstundensätze und Steuersätze, jedoch erfolgt die Kalkulation der tatsächlichen „Overhead-Kosten“ sowie die individuelle Auslastung der Anlagen und des Personals individuell. Unmittelbar nachdem der Fachverband die Anzeige seiner unverbindlichen Verbandsempfehlung zurückzog, wurde auch der Widerrufs Antrag der beiden Amtsparteien zurückgezogen, sodass das Verfahren beendet wurde. Da die neue Kalkulationsrichtlinie keine Preise empfiehlt, stellt sie auch keine anzeigepflichtige „unverbindliche Verbandsempfehlung“ im Sinne des Kartellgesetzes dar.

### **Pharmaartikel**

Ein für Apotheker unverzichtbarer Arbeitsbehelf sind die so genannten „Warenverzeichnisse I, II und III“ des Apothekerverlages, die neben dem jeweiligen Produkt auch in codierter Form den Hersteller, Anwendungsbereich, Lagervorschriften und Preisinformationen enthalten. Während die Preise des „Warenverzeichnisses I“ Ergebnisse von Verhandlungen des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger mit der Pharmawirtschaft und Apothekerkammer darstellen, sind die Preisempfehlungen der Warenverzeichnisse II (homöopathischen Arzneispezialitäten) und insbesondere III (Erste Hilfe, Lebensmittel, Kosmetika und Körperpflege, sonstige Artikel und Veterinärprodukte) nur auf Basis der Herstellerangaben und der Apothekenrabatte kalkuliert. Auch werden die Produkte der Warenverzeichnisse II und III meistens vom Konsumenten direkt (also nicht „auf Rezept“) bezahlt. Nach intensiven Verhandlungen konnte nun eine geänderte Struktur des Warenverzeichnisses III durchgesetzt werden, wobei sich nunmehr einerseits auf jeder Seite ein Unverbindlichkeitshinweis findet, andererseits Produkte jetzt nicht mehr nach Markennamen, sondern nach „Produkt“- und „Warengruppe“ sortiert sind, sodass der Apotheker sofort sieht, welche Produkte von alternativen Produzenten zur Wahl stehen. Auch werden im Warenverzeichnis III keine absoluten Preise, sondern „von-bis“-Preisspannen ausgewiesen. Nachdem die zwischen den Amtsparteien und dem Apothekerverlag ausverhandelten Änderungen durchgeführt wurden, wurde das Verfahren eingestellt.

### **Honorarordnung Baumeister**

Die Amtspartei Bundeskartellanwalt stellte einen Antrag auf Widerruf der Honorarordnung der Baumeister, (HOB, Ausgabe 2004), da diese – nach eigenen Musterrechnungen – überproportionale Kostensteigerungen (in Einzelfällen bis zu einer Verdopplung des Honorars) zur Folge gehabt hätte; ebenso fehlten ausdrückliche Unverbindlichkeitshinweise. Die HOB bezeichnete überdies ihre Honorare als „übliches Entgelt im Sinne des § 1152 ABGB“. Im Verfahren vor dem Kartellgericht konnte der Nachweis erbracht werden, dass mit Zivilgerichtsentscheidungen die Tarife der HOB auch tatsächlich als

„übliches Entgelt“ durchgesetzt wurden. Auch die Bundeswettbewerbsbehörde stellte einen Widerrufs-antrag. In weiterer Folge gab die Bundesinnung Bau die Honorarordnung der Baumeister, Ausgabe 2004 nicht heraus.

## **Finanzdienstleistungen**

In zwei Verfahren hatte sich die Amtspartei Bundeskartellanwalt (gemeinsam mit der Bundeswettbe-werbsbehörde) mit unverbindlichen Verbandsempfehlungen im Bereich der Finanzdienstleistungen zu befassen: In einem Fall wurde der Widerruf beantragt, weil nach Ansicht der Amtsparteien verschiede-ne Bestimmungen eine ungerechtfertigt hohe Vergütung, eine Doppelverrechnung von Leistungen empfohlen sowie in Konflikt mit den Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes standen. Infolge der begründeten Bedenken der Amtsparteien wurde diese unverbindliche Verbandsempfehlung schließlich vom Verband zurückgezogen, eine Neufassung wurde angekündigt. In einem weiteren Ver-fahren brachten die Amtsparteien einen Widerrufs-antrag gegen Kalkulations- und Honorarrichtlinien ein, da diese gegen verschiedenste zivil- und konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen haben. Die Ausarbeitung einer neuen unverbindlichen Verbandsempfehlung gemeinsam mit den Amtsparteien konnte Ende 2004 abgeschlossen werden wird Anfang 2005 neu dem Kartellgericht an-gezeigt werden. Die Widerrufs-anträge der Amtsparteien wurden daher zurückgezogen.

## **Kartelle**

### **Verlängerung oder Genehmigung eingetragener Kartelle**

Am 01.05.2004 ist die EG-Verordnung Nr 1/2003 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Ver-trags niedergelegten Wettbewerbsregeln in Kraft getreten. Einer der wesentlichen Eckpunkte dieses Rechtsakts ist die so genannte „Legalausnahme“: Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (wie zB eine „klassische“ Kartellvereinbarung), die – wenn sie geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen – dem Gemeinschaftsrecht unterfällt, und welche die in Art 81 Abs 3 EG-Vertrag aufgelisteten vier Freistellungsvoraussetzungen erfüllt, unterliegt ipso iure nicht den Rechtsfolgen von Art 81 Abs 1 (Verbot) und Art 81 Abs 2 (zivilrechtliche Nichtigkeit) EG-Vertrag. Es bedarf folglich keines eigenen „Freistellungsaktes“ der Europäischen Kommission oder einer mitgliedstaatlichen Wettbe-werbsbehörde mehr. Die Prüfung der EG-Rechtskonformität ihrer Vereinbarungen und Praktiken ob-liegt vielmehr den Unternehmen oder Unternehmensverbänden selbst.

Mit Stichtag 31.12.2004 waren in Österreich 17 vom Kartellgericht genehmigte Kartelle im Kartellregis-ter eingetragen. Da die Genehmigungsdauer derartiger Kartelle höchstens fünf Jahre beträgt, wurde infolge Zeitablaufs in zwei Fällen die Verlängerung der Geltungsdauer beantragt. Sie wurden vom Kar-tellgericht unter Berufung auf die Verordnung Nr 1/2003 ebenso zurückgewiesen wie Anträge auf Ge-nehmigung eines Kartells, einer „Kooperationsvereinbarung“ und einer „Systempartnervereinbarung“ (in zwei Fällen rechtskräftig, ein Verfahren ist noch anhängig).

An all diesen Verfahren, die sich mit den durch die neue EG-Verordnung aufgeworfenen spezifischen Fragen des Verhältnisses EG-Kartellrecht/österreichisches Kartellrecht zu befassen hatten, hat sich auch die Amtspartei Bundeskartellanwalt mit ausführlichen Stellungnahmen beteiligt.



## 7.3. Tätigkeitsbericht der Wettbewerbskommission

Klaus Wejwoda

Über Organisation und Aufgabenstellung der bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) eingerichteten Wettbewerbskommission (WBK) wurde im Vorjahr umfassend im Beitrag von Helmut Gahleitner berichtet. Dabei wurden auch jene Probleme und Schwierigkeiten, die sich in der „Anlaufphase“ dieser neuen Einrichtung gezeigt haben, dargestellt.

Ende Mai 2004 haben sowohl der Vorsitzende Univ Prof Dr Josef Aicher als auch sein Stellvertreter Univ Prof Dr Gunther Tichy ihre Funktionen zurückgelegt und sind aus der Wettbewerbskommission ausgeschieden. Vorerst nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung übernahm Dr Klaus Wejwoda Anfang Juni 2004 den Vorsitz. Nach Vornahme der erforderlichen Neubestellungen von Mitgliedern und Ersatzmitgliedern der Wettbewerbskommission erfolgte im November seine formelle Wahl zum Vorsitzenden. Sein Stellvertreter ist seither Dr Erhard Fürst.

Das Jahr 2004 ist rückblickend als Jahr grundlegender Veränderungen in der Arbeitsweise der Wettbewerbskommission zu bezeichnen. Auch die Rahmenbedingungen für die Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde haben sich positiv entwickelt. An die Stelle lediglich formaler Abwicklungen ist in der Zwischenzeit ein reger informeller Kontakt mit der Behörde getreten. Der Informationszugang für die Kommission hat sich entscheidend verbessert. Im Zuge nun regelmäßig stattfindender Sitzungen wird nicht nur der unmittelbare Aufgabenbereich, etwa der Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle und der Stellungnahme zu Berichten der Wettbewerbsbehörde, bearbeitet, der nunmehrige intensive Kontakt mit der Behörde bietet auch einen wesentlich verbesserten Einblick in deren laufende Arbeit.

Im Bereich der Fusionskontrolle hat die Aussprache zwischen Behörde und Kommission – innerhalb der gesetzlichen Antragsfristen – einen neuen Stellenwert bekommen. Die damit gegebene Beratungsfunktion ist wohl in den meisten Fällen sinnvoller als der Austausch von formellen Empfehlungen und nachfolgenden Stellungnahmen der Behörde.

### **Abgabe von Vorschlägen für die wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzung**

Gemäß § 16 WettbG hat die Wettbewerbskommission jährlich bis 1. Oktober Vorschläge für wettbewerbspolitische Schwerpunkte im folgenden Kalenderjahr zu unterbreiten. Die Schwerpunktempfehlungen der WBK sind auch auf der Homepage der BWB ([www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at)) ersichtlich.

Für das Jahr 2005 hat die Wettbewerbskommission folgende Arbeitsschwerpunkte angeregt:

- die Untersuchung der Wettbewerbssituation und der Entwicklung der Marktverhältnisse in den Bereichen der leitungsgesunden Energie.

Die Liberalisierungsbemühungen Österreichs haben in den Bereichen Strom und Gas bisher zu keinen gut funktionierenden Marktverhältnissen geführt. Es wird daher angeregt, dass die Wettbewerbsbehörde ausgehend von einer Überprüfung der Strukturen untersuchen möge, welche Maßnahmen zu treffen wären, um im Zusammenwirken mit der Regulierungsbehörde eine Verbesserung der Marktverhältnisse herbei zu führen. Eine derartige Untersuchung sollte auch ein kritisches Hinterfragen der in bisherigen kartellrechtlichen Verfahren zugrunde gelegten Markttabegrenzungen umfassen. In die Untersuchung sollten auch bestehende Substitutionsmärkte (Mineralöl) einbezogen werden.

Die WBK beabsichtigt, sich mit dem Thema „Wettbewerbssituation im Energiebereich“ ebenfalls weiter zu befassen und wird daraus gewonnene Erkenntnisse und Informationen an die BWB weiterleiten.

- Die WBK hat in früheren Empfehlungen auf die Problematik der Entwicklungen im Lebensmitteleinzelhandel und im Kfz-Handel hingewiesen.

Aktuelle Entwicklungen zeigen, dass die seinerzeit gegebenen Empfehlungen tatsächlich ernste Problembereiche betreffen, bei denen die Notwendigkeit der intensiven Bearbeitung auch in Zukunft besteht.

Die WBK regt daher an, die Untersuchungen im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels und des Kfz-Handels weiter fortzusetzen, dies mit dem Ziel, zu möglichst verwertbaren Ergebnissen dieser Untersuchungen zu kommen.

Der WBK erscheinen darüber hinaus folgende Bereiche für intensivere Untersuchungen der BWB von besonderem Interesse:

- Marktsituation im Pharmabereich (insbesondere bestehende Preis- und Spannenunterschiede im europäischen Markt)
- Marktsituation bei Herstellung und Service von Aufzügen (Liften). In diesem Bereich dürfte es ein besonders ausgeprägtes Oligopol geben.
- Untersuchung von wettbewerbswidrigen Klauseln der Reiseveranstalter (Bonusregelungen, Exklusivitätsverträge, Verbot von Ermäßigungen) anhand so genannter Agenturverträge

### **Erstellung von Gutachten im Auftrag der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit**

Die Wettbewerbskommission hat keinen formellen Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens erhalten.

Sie hat sich jedoch in den ersten Monaten 2004 über Wunsch des BMWA mit der Ausschreibung einer Studie zu Fragen der Marktabgrenzung befasst. Das BMWA hat sich jedoch schließlich dafür entschieden, diese Ausschreibung selbst vorzunehmen. Über Einladungen des BMWA hat der Vorsitzende der Wettbewerbskommission in der Jury zur Vergabe des diesbezüglichen Auftrags durch das BMWA mitgewirkt. Im Laufe des Jahres 2005 wird die Wettbewerbskommission schon in der Entstehungsphase mit dem in Arbeit befindlichen Gutachten befasst werden.

Die im Zuge der Sitzungen der Wettbewerbskommission von der Behörde dargelegten Problemstellungen und die Meinungsäußerungen der Kommission hiezu können jedoch als eine Tätigkeit in Richtung von Gutachten bewertet werden.

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

Die WBK verwies auf ihre Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) für den Zeitraum 2002/03 und zeigte die im Berichtszeitraum bis 30.04.2004 fortbestehenden Probleme auf.

Da seit Abgabe der Stellungnahme die aufgezeigten Fragen im Rahmen der Möglichkeiten weitestgehend im Kontakt mit der BWB gelöst werden konnten, wird in der Folge auf die „Anlaufschwierigkeiten“ in der ersten Zeit nach Schaffung der Kommission nicht weiter eingegangen. Auf der Homepage der BWB ist der Text der Stellungnahme der WBK zu ersehen. Ausdrücklich bemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass viele aufgeworfene Problemstellungen in der Zwischenzeit bewältigt erscheinen und die diesbezüglichen Bemerkungen der Stellungnahme daher „historisch“ zu betrachten sind. Aus

dem Nebeneinander beider Einrichtungen hat sich seither eine offene Gesprächsbasis und ein Miteinander entwickelt.

Die Wettbewerbskommission vermerkte in ihrer Stellungnahme anerkennend, dass der Bericht der BWB für den Zeitraum 01.07.2003 bis 30.04.2004 wesentlich informativer als der Bericht 2002/2003 gestaltet ist – dies gilt insbesondere für die eingehende Darstellung von Fällen des Kartellbereichs, der Missbrauchskontrolle und der Zusammenschlüsse, die im Berichtszeitraum Gegenstand intensiver Arbeit der BWB waren.

Im Berichtszeitraum hatte die Kommission lediglich fünf Sitzungen abgehalten, in deren Verlauf die Empfehlungen für wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzungen, das erwähnte – dann jedoch vom BMWA sistierte – Ausschreibungsverfahren für ein Gutachten und von einzelnen Kommissionsmitgliedern zur Sprache gebrachte Fusionsfälle beraten wurden.

Die WBK nahm die Gelegenheit dieser Stellungnahme auch zum Anlass, einige eher „formale“ Anregungen zu geben, die das Ziel haben, die engagierte Arbeit der BWB der Öffentlichkeit noch besser vor Augen zu führen. Sie führte hierzu ua aus:

Da der Tätigkeitsbericht der BWB einerseits an den BMWA und den Nationalrat gerichtet ist, zum anderen jedoch auch international auf Interesse stößt, wäre es sinnvoll, auch die Organisationsstruktur des österreichischen Kartellrechtvollzugs darzustellen, wobei hierfür – aber auch für weitere Bereiche des Tätigkeitsberichts – eine graphische Aufbereitung zB auch durch Organigramme überlegt werden sollte. Schließlich stellt der Tätigkeitsbericht der Behörde für diese ein wichtiges Instrument der Öffentlichkeitsarbeit dar.

Beispielsweise wird in diesem Zusammenhang auf die Art der Gestaltung des Kommunikationsberichts 2003 der RTR GmbH verwiesen. Die WBK verkennt nicht, dass eine derartige Form der Darstellung nicht nur einen beachtlichen Arbeitsaufwand mit sich bringt – in anderen Bereichen als der BWB dürften demnach entsprechende Personalressourcen, wohl aber auch jene finanziellen Mittel, die eine eher aufwändige Gestaltung ermöglichen, vorhanden sein. Die WBK will diese Anmerkung ausdrücklich nicht als Wunsch nach einer „Hochglanzbroschüre“ verstanden wissen. Sie regt jedoch an, dass der BWB die erforderlichen Voraussetzungen für die Gestaltung ihrer „Visitenkarte“ – und damit auch für die Präsentation der österreichischen Wettbewerbspolitik – zur Verfügung stehen sollten.

Unabhängig von dieser Frage sollte die Klarheit der Struktur des Berichts verbessert werden und im Sinne der Handhabbarkeit jedenfalls ein Inhaltsverzeichnis an den Beginn gestellt werden.

Eine Auflistung der behandelten Fälle mit einem Hinweis auf den Stand des Verfahrens beziehungsweise die erfolgte Erledigung in Art der Zusammenstellungen wie sie das Bundeskartellamt in Deutschland veröffentlicht, wäre von großem Informationswert.

Für die WBK ist nicht ersichtlich, weshalb nach einem Erstberichtszeitraum 2002/2003 der nunmehrige Bericht den Zeitraum 01.07.2003 bis 30.04.2004 umfasst. Es wird angeregt, künftig auf das Kalenderjahr als Berichtszeitraum umzustellen.

Wünschenswert wäre zweifellos eine gemeinsame Publikation der Berichte der BWB, der WBK, des Bundeskartellanwalts sowie der Berichte des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts.

Die WBK merkte auch an, dass – wie im Vorjahresbericht – Aussagen über wettbewerbspolitische Leitlinien im Sinne eines Programms der BWB fehlen. Die auf der Homepage der BWB veröffentlichten „Standpunkte“ zu einzelnen Themenbereichen können nur ein Ansatz in die von der WBK empfohlene Richtung sein.

Die WBK kennt die knappe Personalausstattung der BWB. Schon in dem der Gesetzgebung vorausgehenden Begutachtungsverfahren wurde mehrfach auf diesen Aspekt hingewiesen und verlangt, ent-

sprechende Vorkehrungen zu treffen. Grundsätzlich ist es sinnvoll, hinsichtlich der Personalausstattung auch internationale Vergleiche anzustellen, wobei jedoch im Sinne einer sachgerechten Beurteilung auf organisatorische Gegebenheiten und Aufgabenbereiche in anderen Staaten entsprechend Bedacht zu nehmen ist.

Die WBK tritt jedenfalls mit Nachdruck für eine solche personelle Ausstattung der BWB ein, die eine optimale Aufgabenerfüllung ermöglicht. In diesem Zusammenhang zeigte die WBK auch auf, dass für eine effizientere Arbeit der WBK eine entsprechende personelle und materielle Ausstattung zumindest aber eine personelle Unterstützung über die derzeit rein büromäßige Abwicklung (Einladung, Protokollversand) durch die Geschäftsstelle der BWB benötigt wird. Sie verwies auf die personelle Ausstattung der Monopolkommission in Deutschland.

Die WBK anerkennt, dass manches branchenspezifische Detailwissen nur in einzelnen selteneren Anlassfällen erforderlich ist und aus diesem Grund nicht für jeden Detailbereich der Wirtschaft ein entsprechend erfahrener Spezialist im Mitarbeiterstab der BWB – noch dazu in der kurzen Zeit des Bestehens dieser Einrichtung – vorhanden sein kann.

Der „Zukauf“ des erforderlichen Sachwissens im Wege von Gutachten „auf dem freien Markt“ erscheint jedoch insbesondere auch wegen möglicher, oft nicht auf den ersten Blick erkennbarer Interessenskollisionen eher problematisch.

Die vor dem In-Kraft-Treten der gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen in Geltung stehenden Bestimmungen haben jedenfalls Möglichkeiten der Nutzung fachlicher Expertise etwa aus dem Sozialpartnerbereich geboten. Es wäre zu erwägen, inwieweit die WBK hier eine Hilfestellung bieten könnte, wobei möglicherweise gesetzliche Adaptierungen erforderlich wären.

Schon in der Stellungnahme zum ersten Tätigkeitsbericht der BWB hatte die WBK das Problem des Informationszugangs aufgezeigt. Es würde die Aufgabenstellung, „Gutachten über allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen“ zu erstatten und „Empfehlungen zu angemeldeten Zusammenschlüssen“ zu geben, wesentlich erleichtern, wenn diese vor dem Hintergrund von Informationen über die laufende Tätigkeit der BWB und dabei zu Tage tretender Fragestellungen erfolgen könnten. Die WBK sieht in diesem Bereich einen erheblichen Verbesserungsbedarf und erwartet hier eine positive Weiterentwicklung in Richtung eines vertieften Kontakts mit der BWB. Die WBK unterstreicht in diesem Zusammenhang insbesondere ihr Anliegen nach stärkerer Einbindung bei grundlegenden Fragestellungen.

Ausgehend von den im Bericht der BWB gegebenen Informationen über die Vorgangsweise im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle sollte nach Auffassung der WBK geklärt werden, inwieweit die Verrechtlichung des Ermittlungsverfahrens vorangeschritten ist.

Die WBK in ihrer Zusammensetzung mit Vertretern aus Wissenschaft, Praxis und Sozialpartnerschaft ist jedenfalls als Beratungsorgan für die BWB und den BMWA gut geeignet und steht für diese Aufgaben zur Verfügung. Dies schließt auch die Erfüllung von Aufträgen ein. Auf die Wechselbeziehung „vertiefte Information/entsprechende Hilfestellung“ wird neuerlich hingewiesen.

Die WBK betonte abschließend ihr Interesse an einer engeren Zusammenarbeit mit der BWB und dem BMWA und unterstrich ihre Bereitschaft hierzu.

Die eingangs geschilderte Entwicklung seit der Abgabe der Stellungnahme der WBK zeigt, dass die Anregungen der Kommission auf Verständnis gestoßen sind, und die Rahmenbedingungen für ihre Arbeit eine wesentliche Weiterentwicklung erfahren haben.

## 7.4. Tätigkeitsbericht der RTR-GmbH<sup>285</sup>

Roland Belfin, Sebastian Loudon

### **RTR-GmbH – Kurzabriss der wichtigsten Aktivitäten 2004**

Die Aktivitäten der Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), Geschäftsapparat der Medienbehörde KommAustria und der Telekom-Control-Kommission (TKK), im Jahr 2004 werden in der Folge schwerpunktmäßig dargestellt und diese vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zielsetzung beurteilt.

#### **RUNDFUNK:**

#### **Der Beitrag der RTR-GmbH zur Erreichung der Ziele im KommAustria-Gesetz**

Die Ziele, die durch die Tätigkeit der KommAustria erreicht werden sollen, sind im § 2 Abs 2 KommAustria-Gesetz festgesetzt und lauten:

1. die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter
2. die Sicherung der Meinungsvielfalt und Förderung der Qualität der Rundfunkprogramme einschließlich der technischen Voraussetzungen für ihre Verbreitung
3. die Entwicklung von technischen und ökonomischen Konzepten für den dualen Rundfunkmarkt in Österreich
4. die Sicherstellung und Einhaltung europäischer Mindeststandards durch die Anbieter von Inhalten, insbesondere zugunsten des Kinder-, Jugend- und Konsumentenschutzes
5. die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums
6. die Bereitstellung von Fachwissen im Bereich der Konvergenz von audiovisuellen Medien und Telekommunikation sowie die Förderung der Entwicklung der Märkte in den Branchen audiovisuelle Medien und Telekommunikation
7. die Schaffung und Bewahrung einer modernen und qualitativ hoch stehenden Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität

In der Folge werden ausgewählte Aktivitäten der RTR-GmbH aus dem Berichtszeitraum diesen Zielen zugeordnet:

#### **Aktivitäten zur Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter**

Hier sind an erster Stelle Zulassungsverfahren der KommAustria im Bereich terrestrischer Hörfunk und Satellitenfernsehen zu nennen. Im Jahr 2004 wurden zahlreiche Hörfunklizenzen vergeben, darunter erstmals auch eine Lizenz für bundesweites terrestrisches Privatrado (Kronehit) auf Basis einer Novelle zum Privatradiogesetz, die mit 01.08.2004 in Kraft getreten ist. Die Zulassung von analogem terrestrischen verbreiteten Fernsehen ist vor dem Hintergrund der bevorstehenden Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens faktisch abgeschlossen.

---

<sup>285</sup> Mehr Informationen zu den Aufgaben und Aktivitäten der RTR-GmbH im Internet unter <http://www.rtr.at>.  
Ab Juni 2005 finden Sie unter dieser Adresse auch den „Kommunikationsbericht der RTR-GmbH“.

### **Aktivitäten zur Sicherstellung der Meinungsvielfalt und Förderung der Qualität der Rundfunkprogramme**

An dieser Stelle ist insbesondere die Rechtsaufsicht der KommAustria über private Rundfunkveranstalter zu nennen. Die Einnahmen aus Fernseh- und Radiowerbung stellen die Existenzgrundlage kommerzieller Rundfunkveranstalter dar und tragen somit direkt zu Medien- und Meinungsvielfalt bei. Mit einer Novelle zum KommAustria-Gesetz, die mit 01.08.2004 in Kraft getreten ist, wurde die Zuständigkeit der KommAustria in diesem Bereich erweitert: Seitdem umfasst die Verantwortung der KommAustria auch die Beobachtung und Veröffentlichung von möglichen Rechtsverletzungen von Werbebestimmungen durch den ORF, wobei die KommAustria im Falle von vermuteten Rechtsverletzungen durch den ORF Anzeige beim Bundeskommunikationssenat (BKS) zu erstatten hat. Im Falle von Rechtsverletzungen durch private Rundfunkveranstalter nimmt die KommAustria ihre Aufgabe als Rechtsaufsichtsorgan wahr und leitet amtswegig Rechtsverletzungsverfahren ein.

### **Aktivitäten zur Entwicklung von technischen und ökonomischen Konzepten für einen dualen Rundfunk**

Neben der fachlichen Mitwirkung an medienpolitischen Maßnahmen zur Förderung des dualen Rundfunks dienen ua sämtliche Aktivitäten im Rahmen der Digitalisierung des Rundfunks und die Wahrnehmung der Geschäftsführung der Arbeitsgemeinschaft „Digitale Plattform Austria“ dem Ziel, die Rahmenbedingungen für einen dualen Rundfunkmarkt mit ausgeglichenen Wettbewerbschancen zu verbessern. Hinzu kommen die Aktivitäten im Bereich des „Kompetenzzentrums“, wie etwa die Herausgabe zweier Bände der RTR-Schriftenreihe zu Rechtsfragen zum dualen Rundfunksystem.

### **Aktivitäten zur Sicherstellung und Einhaltung europäischer Mindeststandards insbesondere zugunsten des Kinder-, Jugend- und Konsumentenschutzes**

Sämtliche Aktivitäten im Zuge der Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter sowie die Werbebeobachtung durch die KommAustria dienen diesem Ziel ebenso wie die genaue Beobachtung des Medienmarktes.

### **Aktivitäten zur Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums**

Die effiziente Nutzung des Frequenzspektrums ist eine Maxime, die sich quer durch alle Bereiche der Regulierungsarbeit der KommAustria zieht: Sei es bei der Digitalisierung des Rundfunks, bei der Vergabe von Zulassungen oder aber auch bei der Durchführung von Entzugsverfahren im Falle von Doppelversorgungen. 2004 wurden dem ORF in einem Entzugsverfahren der KommAustria vier Übertragungskapazitäten im Großraum Linz wegen unverhältnismäßiger Doppelversorgung entzogen. Diese Entscheidung der KommAustria wurde zwischenzeitlich vom Bundeskommunikationssenat rechtskräftig bestätigt.

### **Aktivitäten zur Bereitstellung von Fachwissen im Bereich der Konvergenz**

An dieser Stelle sind vor allem die Tätigkeiten der RTR-GmbH als Kompetenzzentrum sowie die internationalen Aktivitäten im Bereich der Rundfunkdigitalisierung zu nennen. Gerade bei der Digitalisierung der Rundfunkübertragungswege gilt es, die zukünftige Entwicklung sämtlicher Kommunikationsinfrastrukturen und ihr Zusammenspiel in Bedacht zu nehmen.

## Schaffung und Wahrung einer modernen und qualitativ hoch stehenden Kommunikationsinfrastruktur

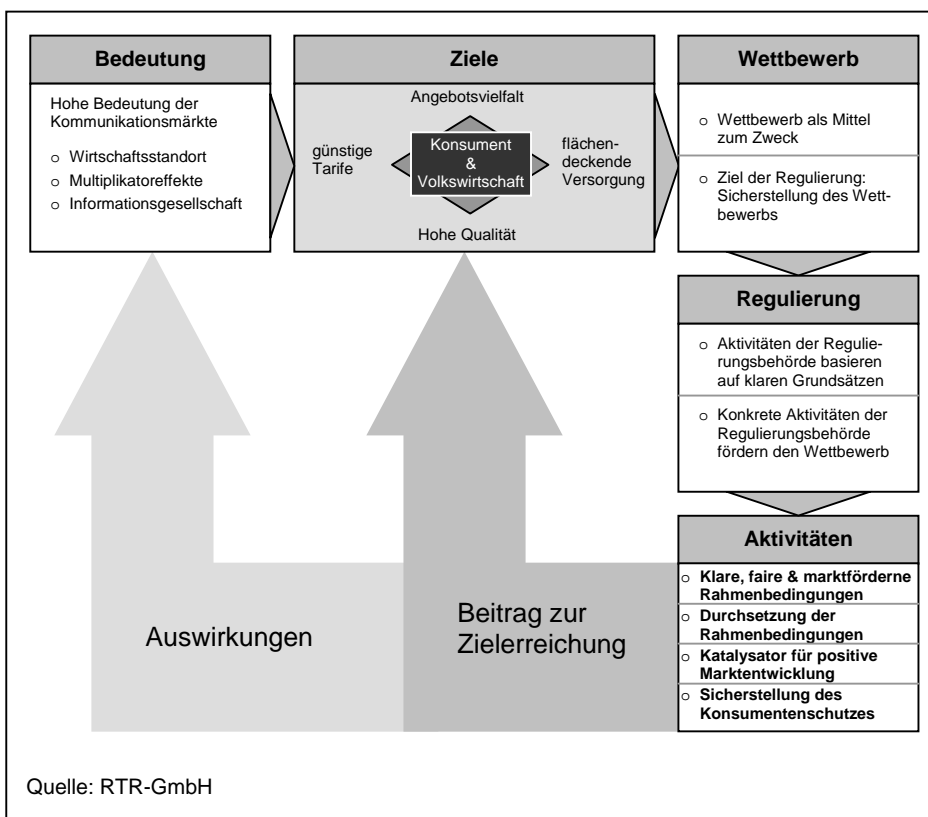
Insbesondere die Aktivitäten im Rahmen der Rundfunkdigitalisierung, einer zentralen Aufgabenstellung für KommAustria und RTR-GmbH, dienen dem Ziel, eine zukunftstaugliche unabhängige Kommunikationsinfrastruktur für die österreichische Medienlandschaft zu schaffen. An dieser Stelle ist auch die federführende Rolle der RTR-GmbH bei der Durchführung eines Testbetriebs für digitales terrestrisches Fernsehen (DVB-T) und interaktive Zusatzapplikationen auf MHP-Basis zu erwähnen. Auch die Verwaltung des 2004 geschaffenen Digitalisierungsfonds der RTR-GmbH dient diesem Ziel in plattformunabhängiger Weise.

Darüber hinaus trägt die RTR-GmbH durch die Wahrnehmung der österreichischen Interessen bei einer Vielzahl von Frequenzverhandlungen und Planungskonferenzen, insbesondere im Rahmen der „Stockholmnachfolgekonferenz“ (Regional Radio Conference, RRC 2004 und 2006), zur Schaffung einer modernen und hochwertigen Infrastruktur bei.

## TELEKOM: Beitrag zur Zielerreichung nach dem TKG 2003

Die Ziele und Aufgaben der Regulierung sind in einschlägigen Gesetzen festgelegt. Im Jahr 2004 wurde eine Reihe von konkreten Einzelmaßnahmen gesetzt, die die Erreichung der Ziele direkt oder indirekt unterstützen. Folgendes Bild zeigt diesen Zusammenhang:

Abbildung 7: Aktivitäten und Zielerreichung



## **Sicherstellung klarer, fairer und marktfördernder Rahmenbedingungen**

Die Regulierungsbehörde trug durch eine Reihe von Aktivitäten und Entscheidungen zur weiteren Ausgestaltung der Rahmenbedingungen bei.

### **Marktanalysen:**

Ein Großteil der aufgrund des neuen Rechtsrahmens notwendigen Marktanalysen konnte 2004 abgeschlossen werden. Österreich liegt damit in der Umsetzung im europäischen Spitzenfeld. Ein bruchloser Übergang vom alten zu neuen Rechtsrahmen konnte gewährleistet werden.

### **Frequenzvergaben:**

Durch die Durchführung von fairen und nichtdiskriminierenden Frequenzvergaben stehen nun dem Markt weitere Ressourcen und damit Möglichkeiten zur Verfügung. Die im 3,5-GHz-Band vergebenen Wireless Local-Loop Frequenzen öffnen eine weitere breitbandige Zugangsmöglichkeit zum Endkunden – es ist mit einem zusätzlichen Wettbewerbsimpuls im Bereich Breitband zu rechnen. Die neu vergebenen GSM-Frequenzen können für weitere Qualitätsverbesserung in der Mobilkommunikation verwendet werden.

### **Kommunikationsparameter:**

Durch zwei neue Verordnungen der RTR-GmbH konnten Rahmenbedingungen, vor allem im Bereich der Mehrwertdienste, geklärt und der Schutz des Konsumenten verbessert werden.

### **Netzzugang:**

Die Gewährung eines offenen Netzzugangs ist besonders wichtig für funktionierenden Wettbewerb. Im Rahmen von Verfahren konnten wesentliche diesbezügliche Fragestellungen gelöst werden – etwa der Rahmen für den Netzzugang von Virtuellen Mobilnetzbetreibern.

Etwa zur Frage der Festsetzung der Höhe der Terminierungsentgelte für Virtuelle Mobile Netzbetreiber (MVNO = Mobile Virtual Network Operators) entschied die Telekom-Control-Kommission, dass MVNOs Terminierungsentgelte in gleicher Höhe wie dem jeweiligen National Roaming Partner zustünden.

### **Mobile Nummernportabilität:**

Durch den Abschluss mehrerer Verfahren für die mobile Nummernportabilität wurden Prozesse und Rahmenbedingungen geklärt. Die Beseitigung dieser Wechselbarriere (Änderung der Mobilnummer bei Wechsel des Anbieters) ist eine Konsequenz aus der Umsetzung des neuen Rechtsrahmens.

### **Universaldienst:**

Um die flächendeckende Versorgung mit Basisdiensten für alle Konsumenten zu gewährleisten, müssen die Bedingungen für die Erbringung, den Umfang und die Finanzierung des Universaldienstes klar sein. Unter Mitwirkung der RTR-GmbH konnte für die Jahre 1999 bis 2004 eine vertragliche Vereinbarung bezüglich der Finanzierung des Universaldienstes erzielt und damit bisher bestehende Unsicherheiten beseitigt werden.

## **Aktivitäten zur Durchsetzung der Einhaltung der Rahmenbedingungen**

Sind die Rahmenbedingungen klar, muss sichergestellt werden, dass diese auch eingehalten werden. Einige Beispiele illustrieren die konkreten Ergebnisse 2004:

### **Markteinigungen:**

Im Rahmen von ADR-Verfahren (ADR = Alternative Dispute Resolution, alternative Streitbeilegung) und verpflichtender Streitschlichtungsverfahren war die RTR bestrebt, Verfahren vor der TKK zu vermeiden und damit den Konfliktparteien schneller zu einer Lösung zu verhelfen.



**Aufsichtsverfahren:**

Zur Überprüfung der Einhaltung der Bedingungen führte die Regulierungsbehörde Aufsichtsverfahren (zB bezüglich Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung) durch.

Tarifgenehmigungsverfahren:

Beantragte Tarifänderungen von Telekom Austria wurden überprüft und genehmigt.

**Elektronische Signatur:**

Die Aktivitäten als Aufsichtsstelle über die elektronische Signatur garantierten die Einhaltung der Rahmenbedingungen. Die von der Behörde betriebene Public Key Infrastructure stellt ein Höchstmaß an Sicherheit bereit.

**Aktivitäten für die Weiterentwicklung von Netzen und Diensten**

Ergänzend zu den Aktivitäten innerhalb von Verfahren, führt die Regulierungsbehörde Maßnahmen durch, die eine positive Marktentwicklung fördern sollen. Hier einige Beiträge dazu aus 2004:

**Breitbandinitiative:**

Die bereits 2003 gestartete Breitbandinitiative mit dem Ziel „Österreich an die Spitze der Informationsgesellschaft“ zu bringen, wurde fortgeführt. Der diesbezügliche Tätigkeitsschwerpunkt der Regulierungsbehörde lag 2004 vor allem im Bereich der Bewusstseinsbildung und Unterstützung der öffentlichen Hand bei der Umsetzung der österreichischen Breitbandinitiative.

**Voice over Internet Protocol (VoIP):**

Im Bereich Voice over Internet Protocol startete 2004 in der Europäischen Union – aber auch in den USA – die öffentliche Diskussion, wie bestehende rechtliche Rahmenbedingungen auf derartige Dienste angewendet werden können. RTR-GmbH führte zu diesem Zweck eine nationale Konsultation durch und veröffentlichte eine vorläufige Position dazu, um die Sicherheit im Markt zu erhöhen.

**Electronic Numbering Mapping (ENUM):**

Österreich bewies im abgelaufenen Jahr erneut seine Vorreiterrolle im Bereich ENUM. Aufgrund eines zwischen RTR-GmbH und enum.at abgeschlossenen Vertrags konnte der kommerzielle Betrieb von ENUM-Diensten noch 2004 aufgenommen werden.

ENUM stellt einen wesentlich Schritt in Richtung Konvergenz von Internet und herkömmlicher Telefonwelt dar. Bei ENUM handelt es sich um ein Protokoll, das eine Umrechnung von Rufnummern des öffentlichen Telefonnetzes auf Adressierungselemente der Internet-Welt vornimmt. Kennt man die Telefonnummer eines Teilnehmers im öffentlichen Telefonnetz, so kann man – unter der Voraussetzung, dass die betreffende Nummer in ENUM eingetragen ist – verschiedene Internet-Adressierungselemente, so genannte Universal Resource Identifiers (URI), dieses Teilnehmers ausfindig machen und somit mehrere Dienste mittels einer Adresse nutzen.

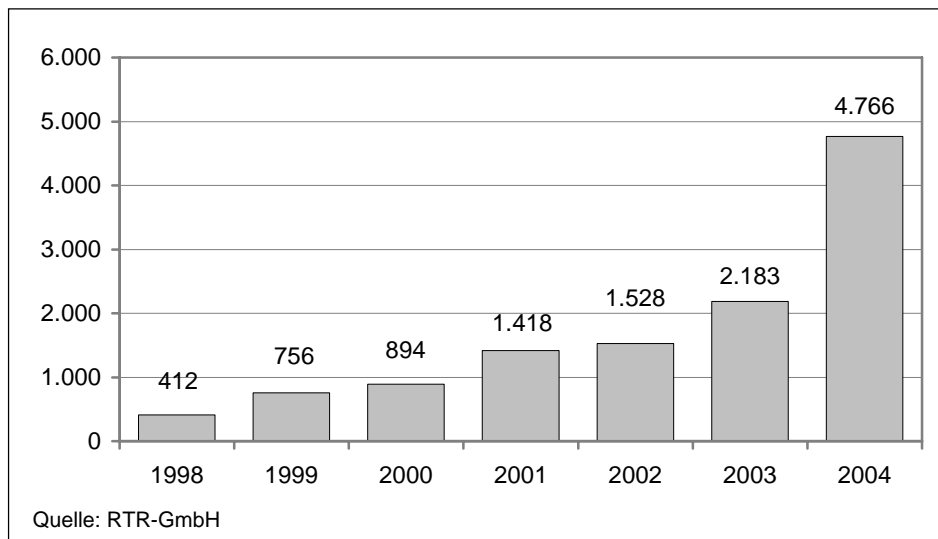
**Aktivitäten zur Sicherstellung des Konsumentenschutzes auf hohem Niveau**

Bei steigender Angebotsvielfalt und der ständigen Weiterentwicklung der Dienste, kommt dem Konsumentenschutz eine wichtige Rolle zu. Gut informierte und zufriedene Kunden sind ein wesentlicher Treiber für weiteres Marktwachstum. Einige Beispiele zeigen die Beiträge der Behörde zur Sicherstellung des Konsumentenschutzes.

**Endkundenstreitschlichtung:**

Die Steigerung der Anzahl der eingelangten Beschwerden um 120% gegenüber dem Vorjahr, zeigt den erhöhten Konsumentenschutzbedarf der Nutzer. Dialer und Mehrwertdienste führten oft zu überhöhten Telefonrechnungen.

Abbildung 8: Anzahl der Schlichtungsfälle 1998 – 2004



#### **Überprüfung der AGB und Entgelte:**

Eine laufende Tätigkeit ist die Überprüfung der angezeigten AGB und Entgelte. Oft müssen Auslegungsfragen der im TKG 2003 festgelegten Endnutzerrechte geklärt werden (zB für Tarifzonensperre).

#### **Neue Verordnungen:**

Die RTR-GmbH konnte die Erfahrungen zu erhöhten Schutzbedürfnissen der Nutzer bezüglich bestimmter Dienste in neue Verordnungen einfließen lassen. Etwa wurde durch Bestimmungen in der Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM-V) der Konsumentenschutz bezüglich Dialer wesentlich verbessert.

Einen wichtigen Abschnitt der KEM-V bilden die umfassenden Regelungen für Mehrwertdienste sowohl im Rufnummernbereich (0)8xx als auch insbesondere im Bereich (0)9xx. Bei der Bewerbung solcher Dienste ist das genaue Entgelt pro Minute oder pro Event in Euro anzugeben. Die Entgeltobergrenzen für (0)810er Nummern wurden mit € 0,10 pro Minute, für (0)820er Nummern mit € 0,20 pro Minute festgelegt. Der neue Bereich (0)821 ist ausschließlich eventtarifierten Sprach- und SMS-/MMS-Diensten gewidmet und wird mit maximal € 0,20 pro Anruf (unabhängig von der Anrufdauer) bzw SMS/MMS tarifiert.

Bei den „frei kalkulierbaren“ Mehrwertdiensten bestehen ebenfalls klare Vorgaben für die Tarifierung. Die maximalen Entgelte können bei der zeitabhängigen Tarifierung bis zu € 3,64 pro Minute ausmachen, eventtarifizierte Entgelte können maximal € 10,- pro Event betragen. Eine Tarifinformationspflicht, sei es durch Tarifansage per SMS, ist für alle (0)9xx-Bereiche gegeben, wobei es für eventtarifizierte SMS- und MMS-Dienste besondere Bestimmungen für Dienste unter € 0,70 gibt. Im Bereich der so genannten SMS Chat- und Abo-Dienste wurden spezifische Regelungen festgelegt. Neu sind – wie auch bei den Auskunftsdiensten – Bestimmungen zur Trennungspflicht. Je nach Entgelthöhe ist eine Verbindung bei Rufen zu Mehrwertdiensten nach 60 Minuten (bei Entgelten kleiner als € 2,20/Minute) oder nach 30 Minuten (bei Entgelten ab € 2,20/Minute) vom Betreiber zu trennen.

Die KEM-V enthält weiters umfassende Bestimmungen zu Dialer-Programmen: Unter anderem dürfen Dialer ausschließlich in der Rufnummerngasse (0)939 angeboten werden. Ein ab 01.01.2005 für alle Festnetzbetreiber verpflichtendes Opt-In-System stellt sicher, dass Dialer nur auf ausdrücklichen Wunsch des Nutzers erreichbar sind. Weitere Auflagen sind beispielsweise eine umfassende Informationspflicht über Tarifierung, Name und Anschrift des Diensteanbieters und Beschreibung des Dienstes.

tes sowie eine verpflichtend vorgeschriebene einfache Möglichkeit zur dauerhaften Entfernung eines solchen Dialer-Programms vom PC des Nutzers.

**Widmungsgemäße Verwendung von Nummern:**

Regelmäßig überprüft die RTR-GmbH die widmungsgemäße Verwendung von Nummern, um Missbrauch in diesem Bereich vorzubeugen.

**Ratgeber:**

Durch die erstmalige Herausgabe eines Telekom-Ratgebers konnte die Informationslage der Konsumenten verbessert werden. Mehr Informationen zu den Aufgaben und Aktivitäten der RTR-GmbH sind im Internet unter <http://www.rtr.at> abrufbar.

## 7.5. Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde Strom und Gas

Ditmar Wenty

Mit dem Energieregulierungsbehördengesetz (E-RBG) wurde mit Wirkung zum 24.08.2002 der Elektrizitäts-Control auch die Regulierung des Gasmarkts übertragen, und damit eine gemeinsame Regulierungsbehörde für den Strom- und Gasmarkt geschaffen. Die Konstruktion der Elektrizitäts-Kontrollbehörde wurde beibehalten, und somit gliedert sich die Regulierungsbehörde in die Energie-Control GmbH und die Energie-Control Kommission.

Der Behörde ist als beratendes Organ der Elektrizitätsbeirat und Erdgasbeirat beigegeben, die sich aus jeweils einem Vertreter der Sozialpartner, des BMWA, BMF, BMJ, des BMLFUW, der Länder, des Städte- und Gemeindebundes sowie der IV zusammensetzt. Die Vertreter der Sozialpartner und Ministerien sind für Preisangelegenheiten zuständig und bilden als so genannter „kleiner Beirat“ quasi die „Preiskommission“ für die Strom- und Gastarife.

### Die Rahmenbedingungen

Mit dem Energieliberalisierungsgesetz wurde ab 01.10.2002 der Strom- und Gasmarkt für alle Endkunden geöffnet und gleichzeitig der geregelte Netzzugang festgelegt. Damit werden die Systemnutzungstarife (Netztarife), sowohl bei Strom als auch bei Gas, als Fixtarife bestimmt. Die Tarifbestimmung erfolgt für die einzelnen Netzbereiche nach Anhörung des Elektrizitätsbeirats bzw Erdgasbeirats in Form einer Verordnung durch die Energie-Control Kommission.

Theoretisch ist gemäß § 55 EIWOG bzw §23a GWG auch eine Regulierung der Energiepreise möglich, praktisch wird sich eine derartige Preisfestsetzung wohl nur bei beträchtlichen Marktstörungen durchführen lassen.

### Die „Beschleunigungsrichtlinien“ der EU

Durch die Beschleunigungsrichtlinien müssen die europäischen Strom- und Gasmärkte bis 01.07.2007 vollständig geöffnet werden. Die Richtlinien 2003/54/EG (Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie) und

2003/55/EG (Gasbinnenmarkttrichtlinie) ersetzen die bisherigen Richtlinien. Die wichtigsten Neuerungen sind:

- die vollständige Marktöffnung bis 01.07.2007
- die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, wie zB Grundversorgung, Verbraucherschutz, Energiekennzeichnung und Langfristplanung der Mitgliedstaaten zur Versorgungssicherung
- die verpflichtende Einführung des gesellschaftsrechtlichen und organisatorischen Unbundlings für alle Netzbetreiber ab einer bestimmten Größe
- die verpflichtende Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde
- die verpflichtende Einführung eines regulierten Netzzugangs

Aufgrund der bereits im Energieliberalisierungsgesetz vom 24.08.2002 erfolgten Regelungen, war in Österreich lediglich das gesellschaftsrechtliche Unbundling neu zu regeln, was mit einer Novelle zum EIWOG Ende 2004 erfolgte. Dabei wurden nur die Mindestbestimmungen der Richtlinie umgesetzt.

### **Konsumentenschutz**

Mit dem E-RBG wurde mit 01.10.2002 bei der E-Control GmbH eine Schlichtungsstelle für Endkunden eingerichtet, die mit den vertraglich vereinbarten Leistungen oder der Energierechnung nicht einverstanden sind. Das Verfahren ist ein außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren und bei Anrufung der Schlichtungsstelle ruht für die Dauer des Verfahrens die Forderung des Energieversorgers.

Dadurch wird jedoch nicht der Rechtsweg verbaut, und beide Streitparteien können jederzeit ein ordentliches Gericht anrufen, worauf das Schlichtungsverfahren beendet wird. Bis 30.09.2004 wurden 280 Verfahren abgewickelt, wovon 96% positiv abgeschlossen werden konnten.

### **Tarifvergleiche**

Aufgrund einer Anregung der AK wurde gemeinsam mit den Sozialpartnern ein Tarifrechner für Strom- und Gaspreise eingerichtet, der über das Internet einen Überblick über die aktuellen Preise ermöglicht.<sup>286</sup> Der Tarifrechner wird stark nachgefragt, und es wurden vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2004 177.190 Berechnungen für Strompreise und 57.761 Berechnungen für Gaspreise durchgeführt.

## **Aktivitäten der Behörde im Strombereich**

### **Netztarifsenkungen**

Die Änderung der Systemnutzungstarifverordnung zum 01.11.2003 brachte gegenüber der letzten VO aus dem Jahr 2002 eine Senkung der Tarife im Ausmaß von 0,33% bis 10,8%.

Viele der betroffenen Unternehmen riefen den VwGH oder den VfGH an, da ihrer Meinung nach die gesetzliche Grundlage für die Tariffestsetzung nicht ausreichend sei, bzw bekämpften sie die durch Verordnung erfolgte Tarifbestimmung.

Letztendlich wiesen beide Höchstgerichte den Großteil der Beschwerden ab, und bestätigten sowohl die Rechtmäßigkeit der Tarifbestimmung als auch die der Tarifbestimmung per Verordnung.

### **Projekt „neue Netztarife“**

Das im Jahr 2002 begonnene Projekt sollte sowohl für die Unternehmen als auch für die Behörde eine längerfristige Perspektive der Tarifpolitik einleiten, wobei die Produktivitätsgewinne und Mengensteigerungen zwischen Konsumenten und Unternehmen aufgeteilt werden sollten, um einen Anreiz zur Effizienzsteigerung zu geben.

---

<sup>286</sup> Den Tarifrechner finden Sie unter [http://tarifkalk.e-control.at/econtrol/customer/mut\\_findTariffs.jsp](http://tarifkalk.e-control.at/econtrol/customer/mut_findTariffs.jsp)

Das Modell konnte wegen des Widerstands der E-Wirtschaft bisher noch nicht umgesetzt werden. Derzeit laufen die Datenerhebungen, und 2005 soll ein neuerlicher Anlauf zur Umsetzung unternommen werden.

### **Ökostrom**

Die Energie-Control GmbH ist mit der Abwicklung der Auszahlung der Ökostromunterstützungstarife beauftragt und hat auch Gutachten über die Entwicklung des Mehraufwands der Ökostromvermarktung zu erstellen. Im Berichtszeitraum stellte sich heraus, dass die vorhandenen Mittel nicht ausreichen, um die Abnahme der gesteigerten Einspeisemengen zu finanzieren. Daher wurden im Herbst 2004 Verhandlungen zur Novellierung des Ökostromgesetzes mit dem Ziel aufgenommen, die Einspeisetarife den vorhanden Mitteln anzupassen. Diese sind allerdings gescheitert.

### **Ausgleichszahlungen**

In den Netzbereichen, deren Gebiet mehrere Netzbetreiber abdeckt, sind Ausgleichszahlungen zwischen den Netzbetreibern vorgesehen, um ein einheitliches Tarifniveau trotz unterschiedlicher Kostensituation der Netzbetreiber zu gewährleisten. Dies betrifft insbesondere die Steiermark, aber auch Oberösterreich und andere Bundesländer.

Aufgrund einer VO der E-Control ist hier vorerst das Einvernehmen zwischen den betroffenen Unternehmen anzustreben, was bisher gelungen ist. Die Behörde könnte allerdings auch die Höhe der Ausgleichszahlungen vorschreiben.

### **Marktregeln**

Die Marktregeln müssen ständig an die geänderten Marktverhältnisse bzw an die geänderte Gesetzeslage oder Rechtsprechung angepasst werden. Dies betrifft insbesondere das Vertragsmanagement, das Engpassmanagement, das Wechselmanagement und den Ausgleichsenergiemarkt.

Speziell die allgemeinen Vertragsbedingungen stammen zum Teil noch aus der Monopolzeit, und wurden daher nur befristet genehmigt, um allfällige Änderungen herbeiführen zu können. Derzeit läuft das Projekt Marktregeln III, in dem gemeinsam mit der E-Wirtschaft neue Standards erarbeitet werden.

### **Stranded Costs**

Die E-Control GmbH ist aufgrund der §§ 13 und 29 des E-RBG mit der Vollziehung der Bestimmungen betreffend Stranded Costs betraut. Ihr obliegen die Einhebung und Verwaltung der Beiträge für Stranded Costs und deren Zuteilung an die begünstigten Unternehmungen. Insgesamt sind für 19.2.1999 bis 30.6.2006 132 Mio € einzuheben und zu verteilen. Die Einhebung der Beiträge wird mit Bescheid vorgeschrieben, wogegen eine Reihe von Unternehmen berufen hat. Letztendlich endeten die Verfahren beim VfGH, welche den Antragstellern teilweise Recht gab, und einen Teil des Gesetzes aufhob. Nun müsste die Einhebung rückabgewickelt werden, was insbesondere bei den Unternehmen, die die Beträge auch von ihren Kunden eingehoben haben, erhebliche Probleme aufwirft. Derzeit wird versucht, das Problem auf gesetzlicher Ebene zu lösen.

### **Streitschlichtungsverfahren**

Es gab eine Reihe von Streitschlichtungsverfahren, die sowohl die Streitigkeiten zwischen Endkunden und Netzbetreibern als auch zwischen Händlern und Übertragungsnetzbetreibern betrafen. Speziell bei Übertragungsnetzen war die Behörde mit der Beurteilung langfristiger Verträge zwischen dem Leitungsserrichter und Konzernbetrieben konfrontiert. Dabei stellte sich heraus, dass eine wettbewerbskonforme Abgrenzung dieser langfristigen, sich auf 10-15 Jahre erstreckenden Verträge, die die gesamte Kapazität der Leitung betrafen, schwierig ist und zu Kollisionen zwischen österreichischem und EU-Recht führt.

## **Aktivitäten der Behörde im Gasbereich**

### **Netztarifsenkungen**

Mit Wirkung 01.06.2003 trat eine neue Netztarifverordnung der E-Control für Niederösterreich, Salzburg und Kärnten in Kraft, die Senkungen zwischen 3 und 13% ergab. Die übrigen Netzbetreiber haben entweder niedrigere Tarife oder werden gerade untersucht. Derzeit wird eine neue Überprüfungsrunde durchgeführt.

### **Marktregeln**

Wie im Strombereich ist eine Weiterentwicklung der Marktregeln notwendig. Derzeit läuft das Projekt Marktregeln II.

### **Versorgungssicherheit**

Im Rahmen der Diskussion um die Marktregeln im Projekt Marktregeln II kam es zu detaillierten inhaltlichen Erörterungen über die Maßnahmen zur Versorgungssicherheit. Dazu erstellte die E-Control im Auftrag des BMWA die Studie „Erdgasversorgungssicherheit in Österreich – Rahmenbedingungen und Handlungsempfehlungen“. Darin wurden sowohl die zukünftige Bedarfsentwicklung als auch die Auswirkungen der Versorgungssicherheit auf die Systemkosten untersucht. Grundsätzlich kam man zu der Aussage, dass die Liberalisierung zu keiner kurzfristigen Gefährdung der Versorgungssicherheit führt, dass aber eine Adaptierung der Krisenbewältigungsmechanismen auf die Gegebenheiten des Wettbewerbs notwendig ist.

### **EconGas-Zusammenschluss, Gas-Release Programm**

Im Rahmen des Zusammenschlusses der Unternehmen Wiengas, OÖF, Begas; EVN AG und Linz Gas Wärme sowie OMV zur EconGas gab die OMV die Zusage, dass bis 2008 die Landesferngasgesellschaften (LFG) ihre Lieferverträge auf 80% reduzieren können, ohne preisliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Die zurückgegebenen Mengen sollten versteigert werden. Zusätzlich sollen noch 250.000 m<sup>3</sup> jährlich durch Versteigerungen auf den Markt kommen.

Nachdem die LFG keine Mengen zurückgaben wurden die 250.000 m<sup>3</sup> versteigert, wobei das Preisband der Bieter zwischen 1,09 und 1,32 Cent/kWh lag. Die Nachfrage belief sich auf 1 Mio m<sup>3</sup>, die Auktion erbrachte Preise zwischen 1,24 bis 1,3 Cent/kWh. Das Bieterverfahren wurde aufgrund der Absprachen im Zusammenschlussverfahren von der E-Control beobachtet und als einwandfrei klassifiziert.

## **Zusammenfassung**

Die Behörde ist, wie auch andere Regulierungsbehörden, bei der Festsetzung von Tarifen, in diesem Fall der Netztarife, aber auch bei der Einhebung der Stranded Cost-Beiträge ständig mit Verfahren vor den Höchstgerichten konfrontiert. Die jüngsten Urteile bestätigten im Großen und Ganzen sowohl die Rechtsgrundlage als auch das Vorgehen der E-Control-Kommission bei der Tariffestsetzung. Allerdings gab es bei der gesetzlichen Grundlage für die Einhebung der Stranded Cost-Beiträge eine Lücke, die eine Rückführung der eingehobenen Beiträge bis zu den Endkunden notwendig macht. Dies ist aber genauso schwierig, wie die Rückführung der Getränkesteuer auf die Einzelkunden, weshalb hier eine neue gesetzliche Basis nötig ist.

Bei der Beurteilung der Berechtigung zur Nutzung neu errichteter Leitungen (sowohl bei Strom als auch bei Gas) tritt das Dilemma auf, dass Netzbetreiber nur dann ausbauen, wenn die Nutzung gesichert ist, was meist nur dann der Fall ist, wenn langfristige Durchleitungsverträge vorliegen. Andererseits würde die Errichtung von Leitungen auf „Verdacht“, das heißt ohne ausreichende Sicherheit der Auslastung, die Netzkunden zusätzlich mit Kosten belasten. Zu diesen Fragen gibt es noch keine eindeutige Antwort.

Insgesamt hat sich die Behörde weiterentwickelt und gewinnt im Konsumentenschutz, bei der Krisensicherung und beim Zur-Verfügungstellen von Expertisen an Profil. Allerdings werden sich die Tarifsenkungen im bisherigen Ausmaß nicht fortführen lassen, weshalb das geplante Anreizregulierungssystem ehebstigst eingeführt werden sollte.

## 7.6. Tätigkeitsbericht der Schienen-Control GmbH

Gabriele Lutter

### **Die Chancen und Ziele des Schienenregulators insbesondere durch die Eisenbahngesetzesnovelle 2004**

Durch das Schienenverkehrsmarkt-Regulierungsgesetz wurde eine unabhängige Regulierungsstelle auf Grundlage des ersten Richtlinienpakets der Europäischen Gemeinschaft geschaffen. Dieses Richtlinienpaket wurde in Österreich mit 01.06.2004 in Kraft gesetzt.

Die SCG (Schienen-Control-GmbH) hat in der Umsetzungsphase, im Sommer 2004, die Zeit nicht nur dazu genützt, um Verbesserungen bei der Umsetzung des Richtlinienpakets zu erzielen, sondern auch bereits mit Betroffenen erste Klärungen über die konkreten Umsetzungsmaßnahmen vorgenommen. So veranstalteten wir ein eintägiges Seminar mit den Mitgliedern der Schienen-Control Kommission (SCK). Dabei wurden vor allem die Fragen der geänderten Meldepflichten durch die Eisenbahnunternehmungen angesprochen, der Inhalt und die Funktion der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die Frage, wie die SCK die Wettbewerbsaufsicht künftig sieht, und wie in Zukunft das Verwaltungsverfahren der SCK, vor allem im Beschwerdefall, abgewickelt werden soll.

Gemeinsam mit dem BMVIT organisierten wir auch anschließend eine Veranstaltung mit allen Eisenbahnunternehmungen und dem Fachverband der Schienenbahnen, in der auch eine erste Abklärung der Auswirkungen der Eisenbahngesetzesnovelle vorgenommen wurde. Dabei zeigte sich, dass auf Seiten der Eisenbahnunternehmungen noch große Unklarheit und viele offene Fragen zur Umsetzung bestehen und es sicherlich noch einige Monate dauern wird, bis sich alle Betroffenen auf die Notwendigkeiten eingestellt haben werden. Weitere Diskussionen zu diesem Thema werden laufend geführt. Als ein erstes Ergebnis der Gesetzesnovelle lässt sich aber jedenfalls festhalten, dass es voraussichtlich zu einem großen Anstieg an meldepflichtigen Unterlagen kommen wird, die von der SCG, zum Teil im Auftrag der Schienen-Control Kommission, zu überprüfen sein werden.

2004 war es bereits unser Ziel, in allen folgenden Bereichen wie

- Überwachung der Mitteilungspflichten der Eisenbahnunternehmungen
- Marktbeobachtung über die Entwicklung am Eisenbahnmarkt
- Information und Beratung bestehender Eisenbahnunternehmungen und potentieller neuer Marktteilnehmer
- Streitvermeidung und Streitbeilegung bei Interessenskonflikten

unsere Position zu behaupten und zu stärken und die neuen Aufgaben verantwortungsvoll wahrzunehmen.

Der österreichische Regulator hat im europäischen Rahmen aktiv an den Diskussionen teilgenommen und sich durch sein Fachwissen gut positioniert. Die Zusammenarbeit mit den anderen Regulatoren und zuständigen Stellen funktionierte reibungslos und brachte eine wertvolle Bereicherung für die Tätigkeit in Österreich.

Als Schienenregulator haben wir die Fachkompetenzen vor allem bezüglich Europäischem Recht, nationalen Vorschriften, dem Eisenbahnwesen und der Finanzierung von Eisenbahnsystemen.

Die SCG beteiligte sich mit ihrer Fachkompetenz und ihrem Fachwissen an den Gremien der Europäischen Union zur Öffnung und Stärkung des Eisenbahnmarkts in ganz Europa, wobei das erste Richtlinienpaket bereits in Kraft getreten ist, das zweite Eisenbahnrichtlinienpaket bereits beschlossen und das dritte Richtlinienpaket in den Gremien in Brüssel diskutiert wird.

Die Novelle des Eisenbahngesetzes beeinflusst die Aufgaben des Regulators erheblich – zB im Bereich der Amtswegigkeit und der Zulassung von trassenvergebenden Stellen. Daher haben wir nach eingehender Analyse, unsere Aktivitäten dem neuen Anforderungsprofil angepasst, sowie vor allem Vorschläge für eine weitere Novelle erarbeitet.

Durch den Ausbau unserer Kenntnisse über das Eisenbahnwesen (zB Trassenmanagement, Standards und Technik) waren wir ein kompetenter Ansprechpartner für Auskünfte und Hilfestellungen in Fragen des Netzzuganges.

Die finanzielle Situation im Bahnbereich, die Finanzierung von Infrastruktur und Betrieb, und im Besonderen des Benützungsentgelts für die Infrastruktur, stellten einen weiteren Schwerpunkt unserer Arbeit dar.

Der Eisenbahnregulator hat sich in der Vergangenheit als ein Opinionleader in Eisenbahnfragen etabliert.

Die im EisbG festgelegte Aufgabe der Marktbeobachtung haben wir dazu genutzt, durch Analysen am Eisenbahnmarkt Tendenzen zu erkennen, allfällige Fehlentwicklungen rechtzeitig aufzuzeigen und an deren Beseitigung aktiv mitzuarbeiten.

Wir haben durch Veranstaltungen und Publikationen sowie durch Vorträge über die Ergebnisse unserer Arbeit im wirtschaftlichen, finanziellen und rechtlichen Bereich stärker die mit Verkehrsfragen befasste Öffentlichkeit informiert, und auch unseren Bekanntheitsgrad weiter gehoben.

Die Eisenbahngesetzesnovelle 2004 legt den Bahnen verschiedene Verpflichtungen zur Bekanntgabe ihrer internen Regelungen und meldepflichtigen Unterlagen auf. Der Regulator überprüft diese auf Grund des Gesetzes. Außerdem hat der Regulator darauf zu achten, dass diese Regelungen in entsprechender Weise öffentlich gemacht werden. So haben die Bahnen zB Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu erstellen, der SCG vorzulegen und im Internet zu verlautbaren. Einige wenige Bahnen setzten sich schon Ende 2004 mit der Erstellung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen und ihren neuen Aufgaben auseinander.

Durch zusätzliche regelmäßige Kontrollen, die von den Mitarbeitern der SCG wahrgenommen wurden, war auch eine adäquate und umfassende Information über die Entwicklung im Eisenbahnmarkt sichergestellt.

Unser Ziel ist es,

- so kostengünstig wie möglich, unbürokratisch und rasch im Sinne unserer Kunden zu arbeiten
- mit unserem fachspezifischen Know-how auf fairen Wettbewerb zu achten



- unsere Erfahrungen bei der Erstellung von nationalen und internationalen Rahmenbedingungen einzubringen
- die Mediatorenrolle auszubauen und diese besser zu kommunizieren

2004 haben wir uns als Eisenbahnregulator verstärkt als eine Informations- und Anlaufstelle im Eisenbahnmarkt verstanden. Einige neue Eisenbahnverkehrsunternehmen, die das österreichische Schienennetz benützen wollten, haben sich an uns gewandt, um nähere Informationen für einen etwaigen Netzzugang zu erhalten.

Auch durch ein verbessertes Auftreten im Internet haben wir unseren Servicecharakter als Regulator unterstrichen.

## 7.7. Tätigkeitsbericht der Übernahmekommission

Helmut Gahleitner

### **Schwieriges Jahr 2004 für die Übernahmekommission**

Das Jahr 2004 war aus übernahmerechtlicher Sicht geprägt von zwei Verfahren, die auch von der Öffentlichkeit mit großer Aufmerksamkeit verfolgt wurden: VA Technologie AG und Böhler-Uddeholm AG. Während im ersteren Siemens Österreich im Wege eines freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots letztlich die erforderliche Mehrheit bei VA Technologie erlangte, entschied der zuständige Senat bei Böhler-Uddeholm, dass trotz passiver Kontrollerlangung durch die Gruppe um Herrn RA Dr Fries („BU-Industrieholding-Gruppe“) die Stellung eines Pflichtangebots unter Einhaltung bestimmter Auflagen nicht erforderlich ist. Nachfolgend werden die beiden Verfahren dokumentiert und weitere Übernahmeverfahren aus dem Jahr 2004 kurz skizziert.<sup>287</sup>

#### **A) Siemens übernimmt VA Technologie AG im zweiten Anlauf**

Mit einem Jahresumsatz von rd 3,9 Mrd € und weltweit 17.500 Beschäftigten zählt die VA Technologie AG (VA TECH) zu den größten Technologie- und Serviceunternehmen Österreichs. VA TECH verfügt insbesondere in den Bereichen Metallurgietechnik und Infrastruktur über eine gute Marktposition. Laut Angaben im Übernahmeangebot werden rund 75% der Umsätze im Energie- und Infrastrukturbereich erwirtschaftet, ca 25% im Bereich Metallurgietechnik. Die Umsätze werden überwiegend in Europa (63%) und Nordamerika (10%) erwirtschaftet, auf den Rest der Welt entfallen 27%.

Dementsprechend groß war das politische und mediale Interesse, als Siemens erstmals Ende August 2004 bestätigte, dass der Konzern gemeinsam mit dem Industriellen Dr Kovats, der zu diesem Zeitpunkt 12,5% an der VA TECH hielt, über eine Übernahme des Gesamtkonzerns verhandelte.

---

<sup>287</sup> Ausführliche Informationen zu allen Verfahren finden sich auf der Homepage der Übernahmekommission ([www.takeover.at](http://www.takeover.at)). Die Übernahmekommission veröffentlicht alljährlich auch einen umfassenden Jahresbericht.

Massive Bedenken gegen die Übernahme des österreichischen Konzerns, an dem die ÖIAG als Großaktionär noch mit 15% beteiligt war, wurden laut. Die Regierungsmitglieder, Finanzminister Grassler als Eigentümerversorger und Wirtschaftsminister Bartenstein, betonten die Notwendigkeit eines österreichischen Kernaktionärs und bekräftigten, dass man bei einem für Österreich so wichtigen Unternehmen dafür Sorge tragen müsse, dass Firmensitz sowie der Bereich Entwicklung und Forschung jedenfalls in Österreich verbleiben. Außerdem würde die Übernahme der VA TECH durch Siemens aufgrund von Überschneidungen in wichtigen Geschäftsfeldern Stellenabbau und Werkschließungen zur Folge haben, so dass die beiden Unternehmen nicht zusammenpassen würden. Bundeskanzler Schüssel äußerte sich dahingehend, dass das oberste Ziel die Wahrung der Einheit des Unternehmens sein müsse. Eine Übernahme des österreichischen Konzerns wurde von Seiten der Bundesregierung daher als feindlich betrachtet und unverzüglich im Nationalrat eine Gesetzesänderung beschlossen, die die Österreichische Industrieholding AG (ÖIAG) ermächtigte, bei einer künftigen Kapitalerhöhung von VA TECH mitzuziehen. Auch der Vorstand und der Betriebsrat der VA TECH, Gewerkschaft und Arbeiterkammer äußerten ebenfalls große Bedenken gegen die geplante Übernahme. Aufgrund der öffentlichen Reaktionen veröffentlichte Siemens am 09.09.2004 eine Erklärung, wonach man von der Übernahme der VA TECH Abstand nehme und die Sache damit „erledigt“ sei. Die Übernahmekommission hat daraufhin in einer Pressemitteilung vom 11.09.2004 erklärt, dass die einjährige Sperrfrist<sup>288</sup> für Siemens mit 09.09.2004 begonnen hat.

Die Überraschung war groß, als Siemens Österreich am 08.11.2004 bekannt gab, dass sie direkt und indirekt (primär über den Kauf der Victory Industriebeteiligung AG) rd 16% von Dr Kovacs an der VA TECH erwarb. Gleichzeitig wurde die Übernahmekommission davon unterrichtet, dass Siemens ein freiwilliges Übernahmeangebot vorlegen und hierfür einen Antrag zur Verkürzung der Sperrfrist (§ 21 ÜbG) einreichen wird. Der Vorstandsvorsitzende der ÖIAG, Dr Michaelis, erklärte sich umgehend zur Veräußerung der 15%-Anteile an der VA TECH bereit, obwohl durch Änderung des Privatisierungsauftrags noch im September 2004 der ÖIAG durch den Beschluss des Nationalrats de facto der Auftrag gegeben wurde, weiterhin die Stellung eines starken österreichischen Kernaktionärs bei der VA TECH einzunehmen. Wirtschaftsminister Bartenstein begrüßte in einer Aussendung ebenso den Verkauf des VA TECH-Aktienpakets wie Bundesminister Gorbach („bei Siemens weiß man, was man hat“)<sup>289</sup>. Trotz aller von Seiten der Regierung geäußerten Bedenken gegenüber der Übernahme und der damit verbundenen gesetzlichen Änderung des Privatisierungsauftrags für die ÖIAG, versuchten die politisch Verantwortlichen ein paar Monate später der Bevölkerung die Abgabe der VA TECH-Anteile an Siemens als „erfolgreiches Privatisierungsprojekt“ zu „verkaufen“<sup>290</sup>.

Die Übernahme der VA TECH war trotz der vorauseilenden Zusage der ÖIAG, ihre Anteile an Siemens zu verkaufen, dennoch von weiteren Hürden geprägt. So war zunächst Voraussetzung für die Abgabe eines freiwilligen öffentlichen Angebots die Aufhebung der von der Übernahmekommission gegenüber Siemens ausgesprochenen Sperrfrist für ein Jahr. Eine Aufhebung der Sperrfrist durch die Übernahmekommission ist nach § 21 Abs 4 ÜbG dann möglich, wenn dies die Interessen der Zielgesellschaft und jener der Aktionäre der Zielgesellschaft nicht verletzt. Die Übernahmekommission hat hierzu die VA TECH (Zielgesellschaft) und die Antragsteller (Siemens Österreich) gehört. Eine Verkürzung der Sperrfrist erschien der Kommission aus Sicht der Aktionäre weniger problematisch, da Siemens zusag-

---

288 Die Sperrfrist gemäß § 21 verbietet die Abgabe eines neuerlichen Angebots oder den Erwerb von Aktien, der eine Angebotspflicht auslösen würde, für die Dauer eines Jahres. Das Eintreten der Sperrfrist ist an unterschiedliche Tatbestände geknüpft, zB wenn der Bieter kein Angebot stellt, obwohl er öffentlich erklärt hat, dass ein Angebot nicht ausgeschlossen werde, oder wenn der Bieter öffentlich erklärt hat, dass ein Angebot nicht abgegeben werde, oder wenn ein Angebot zum Erwerb von Aktien gescheitert ist.

289 <http://www.oe-journal.at> und diverse APA-Meldungen (OTS-Meldungen).

290 Angesichts des aufgezeigten Verhaltens im Zusammenhang mit einer so wichtigen wirtschaftspolitischen Entscheidung wie jener betreffend die Zukunft des VA TECH-Konzerns verwundert es nicht, wenn die Bevölkerung zunehmend die Ernsthaftigkeit von Politiker-Aussagen anzweifelt.

te, ein Angebot zu legen, welches jedenfalls über dem in den vergangenen 3 Jahren erreichten höchsten Börsenkurs liegen sollte und weiters in Aussicht stellte, das Angebot nur an die gesetzlich gebotenen Bedingungen zu knüpfen. Hinsichtlich der Zielgesellschaft verpflichtete sich Siemens Österreich, im Falle eines Scheiterns des Angebots an einer unmittelbar danach durchzuführenden Kapitalerhöhung gegebenenfalls im Umfang der Beteiligung von Siemens teilzunehmen. Aufgrund dieser Erklärungen waren für den zuständigen Senat die Voraussetzungen für eine Verkürzung der Sperrfrist erfüllt und Siemens konnte das freiwillige öffentliche Übernahmeangebot stellen.

### **Eckpunkte des freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots**

Das freiwillige Übernahmeangebot, das sich auf den Erwerb von insgesamt rund 12,8 Mio Aktien oder rund 84% des Grundkapitals richtete, sah einen Angebotspreis von € 55,-- je Stückaktie vor. Dieser lag damit um 16,25% über dem ungewichteten und um 14,97% über dem gewichteten Börsenkurs der letzten sechs Monate vor Bekanntgabe der Angebotsabsicht. Zur Absicherung des Angebotspreises wurde zudem ein Bewertungsgutachten einer internationalen Investmentbank vorgelegt. Als eine von mehreren Bedingungen für die Gültigkeit des Angebots wurde die Aufhebung des in der Satzung der VA TECH verankerten Höchststimmrechts von 25% genannt.

Zur künftigen Geschäftspolitik wird in der Angebotsunterlage ausgeführt, dass im Zuge der Übernahme die gesamte VA TECH – soweit rechtlich möglich – in den Siemens-Konzern integriert werden soll. Mit Ausnahme des Bereichs „Power-Generation“ (hydraulische Energieerzeugung) erwartet sich Siemens keine kartellrechtlichen Probleme und betont die in der Übernahme liegenden Wachstumspotenziale für die VA TECH im globalen Wettbewerb. So würde etwa im Bereich „Metallurgietechnik“ die VAI (Voest-Alpine-Industrieanlagenbau) nach erfolgreicher Integration als weltweites Center of Competence für Siemens Headquarter sein. Aufgrund der Siemens-Beteiligung am Joint Venture „Voith Siemens Hydro“ wird allerdings eine Weiterveräußerung des Geschäftsbereichs „Power Generation“ der VA TECH an einen strategischen Investor oder über die Börse nicht ausgeschlossen. Beabsichtigt ist allerdings, die Hydro-Sparte der VA TECH in das Joint Venture zu integrieren<sup>291</sup>. Zur künftigen Personalpolitik verweist Siemens auf ihre gesellschaftliche Verantwortung und dass es Ziel sei, die Arbeitsplätze der MitarbeiterInnen von VA TECH in der Zukunft zu sichern, was aber keine Garantie für die Erhaltung aller Arbeitsplätze impliziert. Für den Standort Weiz (Bereich „Power Generation“) wird für den Fall der erfolgreichen Übernahme eine Sicherstellung der Arbeitsplätze für jedenfalls 18 Monate zugesagt.<sup>292</sup>

### **Vorstand der Zielgesellschaft beurteilt Angebot als nicht angemessen und befürchtet Personalabbau**

Bereits kurz nach Bekanntwerden des Angebotspreises von € 55,-- je Aktie wurde von verschiedenen Stellen angemerkt, dass der angebotene Preis zu niedrig sei und zudem unter dem aktuellen Börsenkurs liege, der mittlerweile deutlich über € 55,-- betrug. Der aus fünf Mitgliedern bestehende Vorstand der Zielgesellschaft hat am 16.12.2004 pflichtgemäß (§ 14 Abs 1 ÜbG) zum freiwilligen Übernahmeangebot Stellung genommen. In der Stellungnahme des Vorstands, welche von allen fünf Mitgliedern unterzeichnet wurde, steht zusammenfassend zur Höhe des Angebotspreises: „Unter Berücksichtigung der von JPMorgan vorgenommenen Bewertungsanalysen und der von JPMorgan abgegebenen Fairness Opinion kommt der Vorstand der VA TECH in der Analyse des Angebotspreises zum Ergebnis,

---

291 Mittlerweile hat die EU-Kommission die vertiefte Prüfphase (dauert bis zu vier Monaten) mit der Begründung eingeleitet, dass die Übernahme der VA TECH durch Siemens „beträchtliche Wettbewerbsfolgen“ nach sich ziehe und sich die Geschäftstätigkeiten auf vielen Märkten überschneiden würden.

292 Das Schicksal des Standortes Weiz wird aber auch vom Ausgang der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle abhängen (Siemens-Vorstand Hochleitner: „Wenn es Probleme gibt, dann bei Hydro“, zitiert im Standard, 8.3.2005).

dass der Angebotspreis von € 55,- pro Aktie aus wirtschaftlicher Sicht nicht angemessen ist.“ Damit war klar, dass es für Siemens schwierig sein würde, die Übernahme zum Preis von € 55,- je Aktie erfolgreich abzuwickeln. Trotz dieses klaren Signals hat die ÖIAG in ihrer Aufsichtsratssitzung Anfang Jänner 2005 gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter den Verkauf ihrer Beteiligung an der VA TECH um € 55,- je Stückaktie an Siemens beschlossen. Dass zu diesem Zeitpunkt außerdem der Aktienkurs bereits bei knapp € 60,- stand, war für den zweitgrößten Aktionär, die ÖIAG, kein Anlass, den Verkaufspreis von € 55,- noch einmal kritisch zu hinterfragen.

Auch die vom Vorstand der VA TECH zur zukünftigen Geschäftspolitik gemachten Ausführungen fanden sowohl auf Regierungsseite als auch auf Seiten der ÖIAG kein Gehör. So wird im Vorstandsbericht darauf hingewiesen, dass es im Übernahmeangebot keine Angaben zur Zukunft der VA Technologie AG (Holding) sowie der Konzern-Servicegesellschaften (VA TECH Finance, VA TECH International, VA TECH Management Services etc) gebe, wovon rd 300 MitarbeiterInnen betroffen sind. Außerdem finden sich im Übernahmeangebot keine Aussagen zu den Führungs-, Zentral- und Servicefunktionen der Unternehmensbereiche. Bemerkenswert ist weiters, dass der Vorstand darauf verweist, dass VA TECH mit Siemens in drei der vier Unternehmensbereiche (Energieerzeugung, Energieübertragung und -verteilung) in direkter Konkurrenz mit überlappenden Absatzmärkten und Standorten steht, insbesondere in Europa. Betroffen davon sind rund 75% des VA TECH-Umsatzes, so dass daraus ein beträchtlicher Personalabbau resultieren und auch wettbewerbsrechtliche Hürden nicht ausgeschlossen werden können. Verwiesen wird weiters auf die im Unternehmensbereich Energieerzeugung bestehende langjährige erfolgreiche Partnerschaft der VA TECH mit General Electric (Lieferung von Turbogeneratoren, exklusiver Einsatz von GE-Gasturbinen bei VA TECH Gas-Kombi-Kraftwerken), die nach der Übernahme aller Voraussicht nach nicht mehr aufrechterhalten werden kann.<sup>293</sup> Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die strategische Ausrichtung des Unternehmensbereichs werden genauso wenig angesprochen wie Fragen betreffend Sitz des Entscheidungszentrums sowie betreffend Weiterführung der Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten in den verschiedenen Bereichen. Der Vorstand spricht zwar keine Empfehlung für oder gegen eine Annahme des Übernahmeangebots aus, für den aufmerksamen Leser wird aber offensichtlich, dass eine Übernahme durch Siemens für die Zukunft der VA TECH und deren MitarbeiterInnen nicht förderlich und mit dem Verlust von tausenden zumeist hochqualifizierten Arbeitsplätzen zu rechnen ist. Die Arbeiterkammer hat in mehreren Presseaussendungen (bereits im November 2004) auf die später vom Vorstand der VA TECH dargestellten Probleme aufmerksam gemacht und forderte daher, dass die ÖIAG als Kernaktionär an der VA TECH beteiligt bleiben muss, um die Einheit und den Zusammenhalt des Konzerns sicherzustellen.

### **Übernahmekommission nimmt zur Auslegung der Mindestannahmequote Stellung**

Wie oben erwähnt, war für die Gültigkeit des Angebots die Aufhebung des in der Satzung der VA TECH verankerten Höchststimmrechts von 25% Bedingung, weshalb noch vor Ablauf der Angebotsfrist im Rahmen einer außerordentlichen Hauptversammlung (17.01.2005) die Höchststimmrechtsregelungen aufgehoben werden sollten. Bereits im Vorfeld zu dieser Hauptversammlung gab es unterschiedliche Rechtsauffassungen in Bezug auf die Bedeutung der Höchststimmrechtsregeln für die Höhe der Mindestannahmequote. § 22 Abs 11 ÜbG sieht als gesetzliche Bedingung für die Gültigkeit eines freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots vor, dass der Bieter nach Ablauf der Annahmefrist über mehr als 50% der auf die ständig stimmberechtigten Aktionäre entfallenden Stimmrechte verfügt. Im Zusammenhang mit dem Höchststimmrecht von 25% bei der VA TECH stellte sich nunmehr die Frage nach der Auslegung dieser Bedingung für den Fall, dass die Hauptversammlung das Höchststimmrecht

---

<sup>293</sup> Von den rund 950 Beschäftigten am Standort Weiz, die in der Energieerzeugung tätig sind, arbeiten knapp 800 Beschäftigte für General Electric (Standard, 8.3.2005).

nicht abschaffen sollte. Konkret ging es um die Frage, über wie viele Aktien Siemens am Ende der Annahmefrist verfügen muss, damit das Angebot erfolgreich ist.

Siemens und VA TECH hatten diesbezüglich unterschiedliche Rechtsansichten.

So vertrat der Vorstand der VA TECH die Rechtsmeinung, dass bei Nichtaufhebung der Höchststimmrechtsregelungen in der Hauptversammlung am 17.01.2005 für die Gültigkeit des freiwilligen Angebots neben der Aufhebung der betreffenden Angebotsbedingung Siemens für ein erfolgreiches Übernahmeangebot zumindest 75% + 1 Aktie an der VA TECH nach Ablauf der Angebotsfrist halten müsse, weil nur dann aufgrund des Höchststimmrechts Siemens mit 25% der Stimmrechte (trotz mehr als 50% der VA TECH-Aktien sind die Stimmrechte auf 25% begrenzt) relativ gesehen mehr Stimmrechte als alle anderen Aktionäre (zusammen 25% – 1 Aktie) hat und nur auf diesem Weg die erforderliche Stimmenmehrheit nach § 22 Abs 11 ÜbG gegeben ist.

Aus Sicht von Siemens Österreich war die Bestimmung zur Mindestannahmequote dahingehend auszulegen, dass die in § 22 Abs 11 ÜbG vorgesehene Mindestannahmequote von 50% von der Summe aller Stimmrechtsaktien zu berechnen ist, und daher die Frage des Höchststimmrechts für die Berechnung der Mindestannahmequote irrelevant sei.

Noch vor der Hauptversammlung der VA TECH am 17.01.2005 gab der zuständige 3. Senat der Übernahmekommission zur Klärung der aufgeworfenen Rechtsfrage eine ausführliche Stellungnahme ab<sup>294</sup>. Zusammenfassend kommt der Senat in seiner Stellungnahme zum Ergebnis, dass „die gesetzliche Bedingung [nach § 22 Abs 11 ÜbG] erfüllt ist, wenn der Bieter am Ende der Annahmefrist über 50% der ständig stimmberechtigten Aktien (Stammaktien) plus eine Aktie verfügt, unabhängig davon, ob die Satzung eine Höchststimmrechtsregelung enthält“.

Begründet wird die Rechtsansicht ua damit, dass die Rechtsfolge der 50% + 1 Aktie-Bestimmung eine Art Marktmechanismus schaffen soll, um einen zu niedrigen Veräußerungspreis zu verhindern. Der Angebotspreis muss demnach so hoch sein, dass er für mehr als 50% aller Stammaktionäre ausreichend erscheint. Der Senat verweist auch auf die betreffenden Gesetzesmaterialien, die hierzu festhalten: „Der Preis eines öffentlichen Angebots, das dem Bieter eine kontrollierende Beteiligung verschafft, soll so attraktiv sein, dass der Bieter mindestens die einfache Mehrheit der Stimmrechte erreicht. Dadurch wird der Preis im Interesse der Aktionäre höher angesetzt werden und die allzu billige Eroberung der faktischen Kontrollbeteiligung verhindert.“ § 22 Abs 11 ÜbG ist daher als Preisbildungsregel zu verstehen, die sich nicht auf die Beurteilung der Kontrollerlangung aufgrund von Höchststimmrechtsregelungen erstreckt.

### **VA TECH-Hauptversammlung lehnt Aufhebung des Höchststimmrechts ab – Siemens erhöht Angebotspreis um knapp 20% auf €65,- je Stückaktie**

Die Aktionäre der VA TECH lehnten in der Hauptversammlung am 17.01.2005 die Abschaffung des Höchststimmrechts ab. Die für eine Abschaffung notwendige Drei-Viertel-Mehrheit der anwesenden Stimmen wurde deutlich verfehlt. Insgesamt 73,3 Prozent votierten für eine Abschaffung, 26,7% der Aktionäre waren dagegen. Es war damit klar, dass sich die Minderheitsaktionäre, darunter die Investmentfonds Fidelity und Goldman Sachs mit jeweils mehr als 5% Aktienanteil an der VA TECH, mit einem Angebotspreis von € 55,- je Aktie nicht zufrieden geben, und Siemens für ein erfolgreiches Übernahmeangebot und im Hinblick auf eine gewünschte Aufhebung des Höchststimmrechts jedenfalls den Angebotspreis erhöhen musste. Bereits am 20.01.2005 kündigte Siemens eine Modifizierung des Angebots an und legte der Übernahmekommission in weiterer Folge eine Änderung der Angebotsunterlage vor. Danach war Siemens bereit, den Angebotspreis von € 55,- auf € 65,- je Aktie zu erhöhen und gleichzeitig auf die Bedingung der Aufhebung des Höchststimmrechts zu verzichten. Das „neue“ Ange-

---

294 Die vollständige Stellungnahme ist ebenfalls auf der Homepage der Übernahmekommission veröffentlicht.

bot war allerdings dadurch bedingt, dass Siemens nach Ablauf der Anmeldefrist über mindestens 90% der VA TECH-Aktien verfügt. Die Übernahmekommission musste sich daher noch mit der Frage beschäftigen, ob und inwieweit eine Änderung der Annahmeschwelle auf 90% mit § 15 Abs 1 ÜbG vereinbar ist, welcher im Umkehrschluss vorsieht, dass für die Angebotsadressaten nachteilige Änderungen unzulässig sind. In einer weiteren Stellungnahme der Übernahmekommission (24.01.2005) wurde die Änderung des Angebots mit der Begründung für zulässig erklärt, dass materiell betrachtet die Änderung eine Verbesserung der Position der Angebotsadressaten (Minderheitsaktionäre) darstellt, weil die Verkaufsentscheidung nun nicht mehr vom Verzicht des Bieters auf die Bedingung der Abschaffung des Höchststimmrechts abhängig ist. Somit war letztlich der Weg für Siemens frei, die VA TECH zu übernehmen. Die beiden Investmentfonds, Fidelity und Goldman Sachs, erklärten sich umgehend bereit, ihre Anteile an VA TECH zum Preis von € 65,- je Aktie an Siemens zu verkaufen. Auch die ÖIAG erhält nun € 65 je Aktie, obwohl die verantwortlichen Vorstände der ÖIAG bereit waren, als zweitgrößter Aktionär der VA TECH um € 55,- je Stück zu verkaufen. Der Mehrerlös für die ÖIAG beläuft sich auf mehr als € 20 Mio.

Siemens Österreich hat nach Ablauf der verlängerten Annahmefrist am 25.02.2005 bekannt gegeben, dass das Unternehmen nunmehr über rund 97,15% oder insgesamt 14,904.019 Stück VA TECH-Aktien verfügt. Die Kartellbehörden der Europäischen Union, der USA und Kanadas müssen nunmehr bis spätestens 20.07.2005 den Erwerb der VA TECH durch Siemens Österreich frei gegeben oder mit Auflagen genehmigt haben, damit auch die letzte Bedingung des Angebots erfüllt und im Sinne des Bieters das freiwillige Übernahmeangebot erfolgreich ist.

### **Schlussbemerkung**

Ungeachtet aller wirtschafts- und beschäftigungspolitischen Warnungen und ungeachtet ihrer eigenen noch im September 2004 geäußerten Besorgnisse hat die österreichische Bundesregierung letztlich doch den Verkauf der restlichen im ÖIAG-Besitz befindlichen 15% VA TECH-Anteile durchgezogen. Dass dies auch noch zum „Billigpreis von € 55,- je Stück“ geschehen sollte, widerspricht angesichts der beschriebenen Vorkommnisse jeglichem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Kaufmanns. Die Vorstände der ÖIAG erhalten für ein derartiges kaufmännisches Talent noch beträchtliche Bonifikationen und verdienen womöglich noch am erzielten Mehrerlös mit. Mit der Übernahme der VA TECH durch Siemens Österreich verliert die Wiener Börse nach Austria Tabak ein weiteres führendes österreichisches Industrieunternehmen. Im Standard vom 10.02.2005 war unter der Überschrift „Hauptsache verkauft!“ zu lesen: „Profitable Firmen verklopfen, koste es was es wolle, das ist der rote Faden in der schwarz-blauen Industriepolitik.“

### **B) Kein Pflichtangebot an die Böhler-Uddeholm-Aktionäre<sup>295</sup>**

Mit Beschluss vom 8. Oktober 2004 hat der 1. Senat der Übernahmekommission ein förmliches Prüfverfahren betreffend eines möglichen Kontrollwechsels in der Böhler-Uddeholm AG eingeleitet.

Im Wesentlichen ging es dabei um die Prüfung, ob im Zuge des Verkaufs des ÖIAG-Anteils an Böhler-Uddeholm (BUD) nunmehr der BU Industrieholding GmbH (BUI) („Fries-Gruppe“) die Stellung eines kontrollierenden Aktionärs zukomme (passive Kontrollerrlangung), ob gegebenenfalls ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt bzw eine Mitteilung gemäß § 25 ÜbG unterlassen wurde, und ob zivilrechtliche Sanktionen nach § 34 ÜbG eingetreten sind.

---

<sup>295</sup> Da der Verfasser des Artikels selbst Mitglied des 1. Senats der Übernahmekommission war, beschränkt sich der Beitrag auf eine Zusammenfassung der Pressemitteilungen bzw des Bescheids der Übernahmekommission. Von einer persönlichen Bewertung der Vorgänge rund um die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung bzw des Bescheids wird Abstand genommen.

Aufgrund heftiger Reaktionen der Betroffenen hat der zuständige Senat in einer Pressemitteilung ua klar gestellt, dass die Übernahmekommission sich nach dem Ausstieg der ÖIAG im Rahmen der amtswegigen Marktüberwachung seit Jänner 2004 mit dem Fall beschäftigte und mehrmals Kontakt mit der Gruppe um Herrn Dr Fries aufnahm.

Im Rahmen dieser Vorgespräche wurde seitens des Senatsvorsitzenden die Ansicht des 1. Senats dahingehend erörtert, dass das Übernahmegesetz auch auf die passive Kontrollerlangung anwendbar sei, dass es aber für die Frage, ob ein Pflichtangebot zu stellen oder eine Anzeige nach § 25 ÜbG einzubringen sei, auf die Art und Weise der Erlangung der passiven Kontrolle ankomme. Die Einleitung eines formellen Prüfungsverfahrens war auch deshalb notwendig, weil Herr Dr Fries eine im September ausgesprochene Einladung des 1. Senats, die unterschiedlichen Standpunkte im Rahmen einer Senatssitzung zu erörtern, abgelehnt hat. Die Übernahmekommission war auch noch mit weiteren Behauptungen, die nicht den Tatsachen entsprachen, konfrontiert, die im Rahmen der Pressemitteilung vom 19.10.2004 richtig gestellt wurden.

Das Prüfungsverfahren wurde mit Bescheid vom 24. Februar 2005 abgeschlossen. Der Senat vertritt darin die Auffassung, „dass die BUI aufgrund ihrer Beteiligungshöhe, der sonstigen Beteiligungsstruktur der BUD, der im langjährigen Durchschnitt niedrigen Hauptversammlungspräsenzen und des bereits gegebenen Einflusses über die Personalpolitik in der Lage ist, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; eine abgesicherte Beherrschungsmöglichkeit ist somit gegeben.“ Aufgrund der Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung und der pflichtwidrigen Unterlassung einer Mitteilung des Sachverhalts gemäß § 25 Abs 1 ÜbG durch die BU Industrieholding GmbH ruht gemäß § 34 Abs 1 Z 2 ÜbG seit spätestens 3. Juni 2004 das Stimmrecht der BUI aus den Aktien der Böhler-Uddeholm AG.

Weiters wurde festgestellt, „dass die BUI beim Aufbau ihrer Beteiligung an BUD zwar mit dem Ausstieg der ÖIAG rechnen konnte, dass es jedoch unklar war, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise die Veräußerung über die Bühne gehen würde. Demnach liegt ein Fall des passiven, aber unbeabsichtigten Kontrollerlangens vor.“ Der Senat sah daher von der Anordnung eines Pflichtangebots der BU Industrieholding GmbH an die Aktionäre der Böhler-Uddeholm AG ab.

Zum Schutz der Minderheitsaktionäre der BUD und zur Verhinderung einer umfassenden Beherrschung der Böhler-Uddeholm AG durch die zu rund 25,65% beteiligte BUI ist die vom Senat ausgesprochene Aufhebung des Ruhens der Stimmrechte gemäß § 34 Abs 6 ÜbG daran gebunden, dass folgende Bedingungen eingehalten werden:

„Weder die BU Industrieholding GmbH noch mit ihr gemeinsam vorgehende natürliche oder juristische Personen erwerben bis zum 31. Dezember 2006 eine oder mehrere zusätzliche Aktien an der Böhler-Uddeholm AG. Die Übernahme von jungen Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung ist zulässig, sofern zum Zeitpunkt der Zeichnung nicht zu erwarten ist, dass der Erwerb weiterer Aktien zu einem prozentuellen Ausbau der Beteiligung führen wird.

Im Zuge der Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern werden nur so viele der BU Industrieholding GmbH bzw mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern nahe stehende Personen in den Aufsichtsrat gewählt, dass insgesamt mindestens die Hälfte der Kapitalvertreter einschließlich des Aufsichtsratsvorsitzenden als unabhängig von der BU Industrieholding GmbH anzusehen sind. Alle nominierten Personen sind der Übernahmekommission durch den Vorstand der Böhler-Uddeholm AG in Erfüllung der Auskunftspflicht gemäß § 30 Abs 4 ÜbG jeweils vor der Hauptversammlung bekannt zu geben.

Weiters hat die BU Industrieholding GmbH vor der jeweiligen Hauptversammlung gegenüber der Übernahmekommission glaubhaft zu machen, dass kein Naheverhältnis [hinsichtlich der unabhängigen Kapitalvertreter] zur BU Industrieholding GmbH besteht.“

In einer ersten Reaktion auf den Bescheid der Übernahmekommission kündigte Dr Fries eine Anfechtung beim Verfassungsgerichtshof an. Eine Beschwerde muss innerhalb einer Frist von 6 Wochen ab Zustellung des Bescheids erhoben werden. Die Frist hierfür läuft noch, so dass gegenwärtig noch offen ist, ob der medialen Ankündigung auch tatsächlich eine offizielle Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof folgt.

### **C) Weitere Übernahmeverfahren**

Die Gesamtzahl der von der Übernahmekommission bearbeiteten Fälle erhöhte sich 2004 auf insgesamt 24 (2003: 18). Dazu zählen Übernahmeverfahren, Anzeigeverfahren nach § 25 ÜbG sowie Feststellungsverfahren gemäß § 33 ÜbG. Neben der ausführlich beschriebenen Übernahme der VA TECH durch Siemens Österreich gab es im abgelaufenen Jahr noch weitere drei Übernahmeverfahren:

#### **1. Freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot der bauMax Anteilsverwaltungs AG an die Vorzugsaktionäre der bauMax Aktiengesellschaft**

Die Bieterin, bauMax Anteilsverwaltungs AG, war mit einem Anteil von 90% des stimmberechtigten Grundkapitals bereits Hauptaktionärin der Zielgesellschaft. Rund 60% der Vorzugsaktien wurden im Wesentlichen von Familienmitgliedern gehalten. Die restlichen 10% der Stammaktien und 17% der Vorzugsaktien waren im Besitz der Spar Beteiligungs GmbH.

Das freiwillige öffentliche Übernahmeangebot an die Vorzugsaktionäre war der erste Schritt zum geplanten Rückzug von der Wiener Börse. Der Angebotspreis für das am 4. März veröffentlichte Übernahmeangebot betrug € 16,58 je Aktie. Insgesamt hat die bauMax Anteilsverwaltungs AG 232.660 Stück oder rund 9% aller Vorzugsaktien im Zuge des Übernahmeangebots erworben. Da die Bietergesellschaft im Rahmen des Übernahmeangebots eine neunmonatige Nachzahlungsgarantie abgegeben hat, erhielten im anschließenden Squeeze-out-Verfahren auch jene Minderheitsaktionäre, die ihre Aktien im Zuge des Übernahmeangebots bereits verkauften, letztlich einen Betrag von € 20,- je Aktie.

#### **2. Freiwilliges Übernahmeangebot der DICOM Group plc durch ihre 100%-Tochtergesellschaft EDC Investment Ltd („Bieterin“) zum Erwerb sämtlicher Aktien an der TOPCALL International AG (Zielgesellschaft)**

Das freiwillige öffentliche Angebot der EDC Investment Ltd an alle Aktionäre der TOPCALL International AG wurde am 1. September 2004 veröffentlicht und war auf den Erwerb von mindestens 75% der Stimmrechte ausgerichtet (aufschiebende Bedingung). Nach Verlängerung der Angebotsfrist auf 50 Börsenstage (Höchstgrenze) sowie der Verbesserung des Angebotspreises von € 4,- auf € 4,28 verfügte die Bieterin am Ende der allgemeinen Angebotsfrist (12.11.2004) über 85% des stimmberechtigten Grundkapitals der Zielgesellschaft. Die aufschiebende Bedingung von 75% der Stimmrechte war somit erfüllt. Nach Ablauf der Nachfrist verfügt die Gesellschaft über die erforderliche Mehrheit für ein Squeeze-out-Verfahren.

#### **3. Öffentliches Pflichtangebot der HAMILTON Handels- und Beteiligungsgesellschaft mbH (Mautner Markhof Industriebeteiligungs GmbH hält 66% an der Bieterin) an die Vorzugsaktionäre der Mautner Markhof Nahrungs- und Genussmittel Beteiligungsaktiengesellschaft**

Bei der börsennotierten Mautner Markhof Nahrungs- und Genussmittel Beteiligungsaktiengesellschaft erfolgte durch Umschichtung von Anteilen der Familienaktionäre ein Kontrollwechsel zu Manfred Leo Mautner Markhof, der zur Stellung eines Pflichtangebots verpflichtet wurde. Das Pflichtangebot war auf den Erwerb von 35.210 Stück Vorzugsaktien zum Preis von € 113,77 je Stück gerichtet (entsprach somit



92,4% aller Vorzugsaktien und 15,3% am gesamten Grundkapital). Bis zum Ende der allgemeinen Angebotsfrist wurden insgesamt 7.770 Vorzugsaktien zum Verkauf eingereicht; dies entspricht 20,38% der Vorzugsaktien und rund 3,5% am Grundkapital der Zielgesellschaft. Damit bleibt die Zielgesellschaft weiterhin an der Wiener Börse notiert, was von Seiten des Bieters als Vertrauen der Vorzugsaktionäre in das Management und die positiven Erwartungen an die Zukunft gewertet wurde.<sup>296</sup>

Reihe  
**„Wirtschaftswissenschaftliche Tagungen  
der AK-Wien“**

**Band 1: „Der Wandel des wirtschaftspolitischen Leitbildes seit den siebziger Jahren“**,  
hrsg von Günther Chaloupek und Michael Mesch, 198 Seiten, 1993, € 21,66.

**Band 2: „Die Zukunft des Wohlfahrtsstaates“**,  
hrsg von Günther Chaloupek und Bruno Rossmann, 114 Seiten, 1994, € 14,39.

**Band 3: „Faktorproduktivität im internationalen Vergleich - Belgien, Deutschland, Niederlande, Österreich und Schweden“**,  
von Franz R. Hahn, Wolfgang Gerstenberger, Willem Molle und F. J. Meyer zu Schlochtern, 114 Seiten, 1995, € 14,39.

**Band 4: „Die Beschäftigungsentwicklung im Dienstleistungssektor“**,  
hrsg von Günther Chaloupek und Michael Mesch, 110 Seiten, 1998, € 14,39.

**Band 5: „Kapitalismus im 21. Jahrhundert.“ Ein Survey über aktuelle Literatur**,  
hrsg von Günther Chaloupek und Thomas Delapina, 88 Seiten, 2001, € 14,39.

**Band 6: „Finanzausgleich – Herausforderungen und Reformperspektiven“**,  
hrsg von Bruno Rossmann, 142 Seiten, 2002, € 22,-.

**Band 7: „Wirtschaftspolitische Koordination in der Europäischen Währungsunion“**,  
hrsg von Silvia Angelo und Michael Mesch, 138 Seiten, 2003, € 20,-.

**Band 8: „US-amerikanisches und EUropäisches Modell“**,  
hrsg von Michael Mesch und Agnes Streissler, ca 192 Seiten, 2004, € 25,-.

**Band 9: „Öffentliche Wirtschaft, Geld- und Finanzpolitik: Herausforderungen für eine gesellschaftlich relevante Ökonomie“**,  
hrsg von Wilfried Altzinger, Markus Marterbauer, Herbert Walther und Martin Zagler, ca 200 Seiten, 2004, € 25,-.

Die Reihe erscheint im LexisNexis Verlag ARD Orac, 1030 Wien, Marxergasse 25,  
Tel 01/534 42-0, Fax 01/534 52-140, e-mail: verlag@lexisnexus.at

<sup>296</sup> Vgl Online-Standard vom 25.2.2005

# Wirtschaft und Gesellschaft

Die heuer im 31. Jahrgang erscheinende Quartalszeitschrift „Wirtschaft und Gesellschaft“ wird von der Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien redaktionell betreut. Sie beschäftigt sich sowohl mit österreichischen als auch internationalen Fragen der Wirtschaftspolitik, mit Wirtschaftstheorie, gelegentlich auch mit verwandten Bereichen wie Wirtschaftsgeschichte, Soziologie und Politikwissenschaft.

Die Zeitschrift wendet sich an alle, die an eingehenderen Analysen von wirtschaftspolitischen Themen interessiert sind. Bei der Auswahl und Behandlung der Inhalte wird großer Wert auf die Synthese aus Erkenntnissen der akademischen Wissenschaft mit der Praxis, der wirtschafts- und sozialpolitischen Realität, gelegt.

Ein Jahrgang umfasst vier Hefte mit insgesamt rund 600 Seiten. Jedes Heft enthält ein Editorial, in dem zu aktuellen tagespolitischen Problemen Stellung bezogen wird, vier bis fünf Hauptartikel sowie mehrere Rezensionen kürzlich erschienener Fachliteratur. Fallweise erscheinen auch Beiträge in den Rubriken „Kommentar“ und „Berichte und Dokumente“ sowie längere Besprechungsaufsätze. Die Artikel stammen von in- und ausländischen Vertretern von Theorie und Praxis, aus Forschung und Lehre, von Unternehmen und Verbänden.

In den letzten Heften erschienen ua: ein Beitrag von Joseph E. Stiglitz über Demokratische Entwicklungen als Früchte der Arbeit(-erbewegung) (1/02), von S. Kaniovski, K. Kratena und M. Marterbauer zu Auswirkungen öffentlicher Konjunkturimpulse (4/03), von J. Schweighofer über die ‚Europäische Beschäftigungsstrategie‘ (3/03), von H. Schubert über die Ziele der Geldpolitik (2/04), von J. Zuckerstätter über die Konvergenz von Löhnen und Preisen zwischen den MOEL und Österreich (2/04), von N. Reuter über den Kern des Keynesianismus (3/04) und von V. Pankov über den sektoralen Strukturwandel in Russland (4/04).

Preise: Einzelnummer € 9,-, Jahresabonnement € 29,- (inkl. Auslandsversand € 41,90), ermäßigtes Studenten-Jahresabonnement gegen Bekanntgabe einer gültigen ÖH-Card-Nummer € 17,-, jeweils inkl. MwSt.

Zu bestellen bei: LexisNexis Verlag ARD Orac, A-1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 01/534 52-0, Fax 01/534 52-140, e-Mail: [verlag@lexisnexus.at](mailto:verlag@lexisnexus.at). Dort kann auch ein kostenloses Probeheft angefordert werden.



LexisNexis™

ARD Orac



# 8. VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN

## Externe AutorInnen

Roland Befin	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Evelyne Gebhardt	Europäisches Parlament
Annemarie Kosesnik-Wehrle	Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG
Wolfgang Kowalsky	Europäischer Gewerkschaftsbund
Sebastian Loudon	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Gabriele Lutter	Schienen-Control GmbH
Alfred Mair	Bundeskartellanwalt
Peter Matousek	Bundeswettbewerbsbehörde
Klaus Wejwoda	Wettbewerbskommission
Karin Wessely	Rechtsanwältin

## MitarbeiterInnen der AK-Wien

Sonja Auer-Parzer	Abteilung Wirtschaftspolitik
Elisabeth Beer	Abteilung EU & Internationales
Maria Burgstaller	Abteilung Wirtschaftspolitik
Walter Gagawczuk	Abteilung Sozialpolitik
Helmut Gahleitner	Abteilung Wirtschaftspolitik
Ulrike Ginner	Abteilung Wirtschaftspolitik
Mathias Grandosek	Abteilung Wirtschaftspolitik
Dorothea Herzele	Abteilung Wirtschaftspolitik
Bernhard Horak	Direktion Bildung
Werner Hochreiter	Abteilung Umwelt & Verkehr
Alfred Kraus	Abteilung Betriebswirtschaft
Gunda Kirchner	Abteilung Wirtschaftspolitik
Vera Lacina	Abteilung Wirtschaftspolitik
Roland Lang	Abteilung Wirtschaftspolitik
Miron Passweg	Abteilung Wirtschaftspolitik
Rudolf N Reitzner	Abteilung Wirtschaftspolitik
Andreas Schieder	Abteilung Wirtschaftspolitik
Alice Wagner	Abteilung EU & Internationales
Valentin Wedl	Abteilung EU & Internationales
Ditmar Wenty	Abteilung Wirtschaftspolitik
Daniela Zimmer	Abteilung Konsumentenpolitik