

MÄRKTE – WETTBEWERB – REGULIERUNG

WETTBEWERBSBERICHT DER AK 2006

Teil 1



WIEN

Märkte – Wettbewerb – Regulierung

Wettbewerbsbericht der AK 2006 – Teil 1

Publikation der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Wien 2006

Der direkte Weg zu Broschüren der Abteilung Wirtschaftspolitik:

E-Mail: wipol@akwien.at

Fax: +43-1-501 65 / 2532

CIP-Einheitsaufnahme beantragt.

Impressum:

Wettbewerbsbericht der AK

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

Redaktion: Agnes Streissler, Vera Lacina, Andreas Schieder

Wien 2006

ISBN 978-3-7063-0321-7

ISBN 3-7063-0321-3

Hersteller: Eigenvervielfältigung, Buchbinderei Becker

1	Vorwort	5
2	Aktuelles aus Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht.....	7
2.1	Europäische Union	7
2.1.1	Aktionsplan staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009.....	7
2.1.2	Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung	10
2.1.3	EG-Beihilferecht und Vergaberecht: Aktuelle Entwicklungen für öffentliche Dienstleistungen .	14
2.1.4	EU-Verschmelzungsrichtlinie verabschiedet	20
2.1.5	Strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums	23
2.1.6	Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen	26
2.1.7	Stand der Dienstleistungsrichtlinie.....	29
2.2	Österreich	32
2.2.1	Bundesvergabegesetz	32
2.2.2	Postgesetz	36
2.2.3	Übernahmerecht	41
2.2.4	Neues zu Corporate Governance	47
2.2.5	Publizitätsrichtlinie	53
2.2.6	Freie Berufe	55
2.2.7	Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts	59
2.2.8	Und sie bewegt sich doch... – Zur Sittenwidrigkeit unerwünschter Werbeanrufe	64
2.2.9	Brutto- und Nettopreise bei Fluglinien	68
3	Entwicklung der Zusammenschlüsse	70
3.1	KPMG-Analyse über Fusionen und Übernahmen	70
3.1.1	Weltweite Transaktionen.....	70
3.1.2	Transaktionen in Österreich.....	71
3.2	Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU	72
3.2.1	Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen.....	73
3.3	Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich.....	77
4	Wettbewerbsaktivitäten der Arbeiterkammer Wien	78
4.1	Österreich	78
4.1.1	Preiserhebung bei Grazer Fahrschulen.....	78
4.1.2	Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem	79
4.2	Europäische Union	84
4.2.1	T-mobile – tele.ring	84
4.3	Aktivitäten gegen den unlauteren Wettbewerb.....	87
4.3.1	Jahresbilanz	87
4.3.2	Unlautere Geschäftspraktiken.....	87
4.3.3	Zusammenfassung	89
5	Kommentar zu ausgewählten Aktivitäten wettbewerbsrechtlicher Institutionen	90
5.1	Gesamtübersicht über die Entscheidungen von Kartellgericht und Kartellobergericht	90
5.2	Entscheidungen über Missbrauchsverfahren	90
5.2.1	Mediaprint gegen Tiroler Tageszeitung	90
5.2.2	K*** GmbH ua und Bundeswettbewerbsbehörde und Constantin Film Holding GmbH ua	93
5.3	Entscheidungen über Zusammenschlüsse	96
5.3.1	Systempartnervertrag: Spar AG – Spar Kaufleute	96
5.3.2	Schladminger Brauerei – Brau Union	98
5.4	Entscheidungen über Geldbußen.....	100
5.4.1	Preisabsprache: Grazer Fahrschulen	100
5.4.2	Lenzing AG	100
5.5	Entscheidungen über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.....	102

5.5.1	Honorarordnung der Baumeister	102
5.5.2	Fachverband der Reisebüros – Lufthansa.....	103
5.6	Sonstige Einzelfälle	104
5.6.1	ORF – Pasching.....	104
6	Berichte aus den Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden	107
6.1	Bundeswettbewerbsbehörde.....	107
6.1.1	Allgemeines: Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetz-Novelle 2005	107
6.1.2	Branchenuntersuchungen.....	107
6.1.3	Ausgewählte Einzelfälle	109
6.2	Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission 2005	111
6.2.1	Abgabe von Vorschlägen für die wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzung.....	111
6.2.2	Befassung mit Gutachten zur Marktabgrenzung	113
6.2.3	Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde.....	113
6.3	Tätigkeitsbericht 2005 der Amtspartei Bundeskartellanwalt	118
6.3.1	Überblick	118
6.3.2	Zusammenschlusskontrolle	119
6.3.3	Untersagungsverfahren	122
6.3.4	Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses	123
6.3.5	Unverbindliche Verbandsempfehlungen.....	124
6.4	Tätigkeitsbericht der Übernahmekommission	125
6.4.1	Investkredit Bank AG - Österreichische Volksbanken AG.....	126
6.4.2	Bank Austria Creditanstalt AG – UniCredito Italiano S.p.A.	128
6.5	Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde Strom und Gas	130
6.5.1	Allgemeines	130
6.5.2	Regulierung auf europäischer Ebene	131
6.5.3	Regulierung in Österreich	131
6.5.4	Die Tätigkeit der E-Control-Kommission – Strombereich	134
6.5.5	Die Tätigkeit der E-Control-Kommission – Gasbereich	141
6.5.6	Strom und Gas - Konsumentenaktivitäten.....	143
6.6	Überblick über die Aktivitäten der RTR-GmbH im Jahr 2005.....	144
6.7	Schienen Control GmbH – Bericht 2005	148
6.7.1	Die Entwicklung des Schienenverkehrsmarktes 2005.....	148
6.7.2	Entwicklung der Eisenbahnunternehmen	149
6.7.3	Konflikte und Konfliktpotenziale.....	151
6.7.4	Umsetzung der Eisenbahngesetznovelle 2004	153
6.7.5	Ausblick auf 2006.....	153

1 VORWORT

Wir freuen uns, Ihnen mit dieser Publikation den ersten Teil des alljährlichen Wettbewerbsberichts der Arbeiterkammer Wien vorlegen zu können.

Adam Smith stellte schon in seinem Standardwerk *The Wealth of Nations* fest, dass niemand glauben sollte, Unternehmen würden sich gerne dem vollständigen Wettbewerb aussetzen: „Leute vom selben Gewerbe kommen sogar zu Vergnügungen und zur Zerstreuung selten zusammen, ohne dass die Unterhaltung in einer Verschwörung gegen die Allgemeinheit, also in einem Plan zur Erhöhung der Preise, endet.“ Und so sehen wir auch 230 Jahre später noch immer die Tendenz von Unternehmen, die Wettbewerbsregeln sehr individuell auszulegen. Unter anderem davon handelt auch dieser Bericht.

Auf der anderen Seite darf umsichtige Wettbewerbspolitik auch die Wirtschaftspolitik nicht aus den Augen lassen. Ruinöser Wettbewerb kann Wirtschaftsstandorte nachhaltig schädigen, gerade im Bereich der Daseinsvorsorge gilt es, nationale Spielräume zu nutzen, um Wohlfahrtsmodelle erhalten zu können.

Die Wettbewerbspolitik bewegt sich daher sehr oft in einem Spannungsfeld zwischen dem berechtigten Interesse von KonsumentInnen, möglichst niedrige Preise und transparente, vergleichbare Konditionen vorzufinden und der Notwendigkeit, regionale und nationale *Champions* in bestimmten Bereichen zu stärken.

Dieses Spannungsfeld ist in der EU-Wettbewerbspolitik spürbar – insbesondere bei den Fragen, welche staatlichen Beihilfen sinnvoll sind und wie sehr das Vergaberecht nationale Spielräume zulassen kann. Wir begegnen ihm aber auch auf österreichischer Ebene wieder – Übernahmerecht, Bundesvergaberecht, Postgesetz, dies alles sind Materien, wo differenziert argumentiert werden muss.

Eindeutiger ist die Frage, welche Werbe- und Preisauszeichnungspraktiken verboten sein sollten – neue Regelungen und Rechtsprechungen betreffen hier zB mehr Transparenz bei den Preisen von Fluglinien oder die Sittenwidrigkeit von unerwünschten Werbeanrufen.

Kapitel 3 stellt die Entwicklung der Zusammenschlüsse (weltweit, in der EU und in Österreich) dar. Hier sehen wir, dass der Konzentrationsprozess enorm zunimmt und Fusionen wieder einen neuen Höhepunkt erleben – eine Entwicklung, die von der Arbeiterkammer mit Besorgnis gesehen wird, da die Gefahr besteht, dass dabei die *shareholder* zu Lasten der *stakeholder* bevorzugt werden.

In Kapitel 4 finden sich jene Wettbewerbsaktivitäten, die die Arbeiterkammer Wien von sich aus aktiv gesetzt hat – es ist wieder eine umfangreiche Bilanz dabei herausgekommen.

Aber auch die kartellrechtliche Rechtsprechung soll nicht unerwähnt bleiben. Hier wurden einige interessante Entscheidungen getroffen.

Schließlich haben uns dankenswerterweise auch die relevanten Wettbewerbsinstitutionen wieder Berichte über ihre Tätigkeit im vergangenen Jahr zukommen lassen. Dadurch ergibt sich ein abgerundetes Bild der Wettbewerbspolitik in Österreich. Dennoch sei hier darauf hingewiesen, dass diese Teile selbstverständlich nicht der Meinung der Arbeiterkammer entsprechen (müssen). Gerade im Bereich der Regulatoren nimmt die Arbeiterkammer eine deutlich differenziertere Haltung zur Wettbewerbsfrage ein: Im Vordergrund der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen im allgemeinen und im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse) muss aus Sicht der Arbeiterkammer die nachhaltige Versorgungssicherheit stehen. Wenn aufgrund von Wettbewerbsdruck zu wenig investiert wird, mag dies vielleicht aus kurzfristiger betriebswirtschaftlicher Logik erklärbar sein, volkswirtschaftlich und sozial ist es sehr bedenklich.

Etlichen Entscheidungen und Tatbeständen werden Sie in diesem Band mehrfach begegnen – so haben zB über Lenzing / Tencel sowohl die AK-ExpertInnen geschrieben als auch der Bundeskartellanwalt, über die Stromregulierung die e-Control, aber auch die Bundeswettbewerbsbehörde, etc. Wir haben bewusst diese „Doppelgleisigkeiten“ nicht eliminiert, da erstens manche unserer LeserInnen wahrscheinlich nur einzelne Kapitel lesen werden, und zweitens trotz gleichen Sachverhalts doch unterschiedliche Blickwinkel und Priorisierungen gefunden werden.

Aus Gründen der Lesbarkeit haben wir uns diesmal zum ersten Mal erlaubt, kurze *Abstracts* der Beiträge zu geben – so dass die Leserin/der Leser sich aussuchen kann, in welche Detailtiefe sie/er vorstoßen will.

Weiters ist der Bericht, wie auch in den Vorjahren, auch im Internet unter www.akwien.at abrufbar.

Besonders will ich mich bei allen AutorInnen dieses Berichts bedanken (eine Liste finden Sie am Ende des Berichts) sowie bei Vera Lacina und Andreas Schieder für ihre wertvolle Unterstützung der Redaktionsarbeit.

Insgesamt ist es jedenfalls wieder ein sehr umfassender und spannender Bericht geworden, und wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

Agnes Streissler

2 AKTUELLES AUS WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHT

2.1 Europäische Union

2.1.1 Aktionsplan staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009

Die Europäische Kommission hat einen Aktionsplan zur Reform des Beihilferechts vorgelegt. Ziel sind weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen und mehr Transparenz.

Die Arbeiterkammer tritt für strenge Kriterien bei der Beihilfevergabe ein, angesichts vieler Regelungen wird ein effizienteres und transparenteres System begrüßt. Eine reine Reduktion des Beihilfe-Volumens an sich sollte jedoch nicht im Vordergrund stehen. Eine neue Beihilfepolitik muss einen Beitrag zur Beschäftigungspolitik leisten können. Begrüßt werden Mittel zur Förderung horizontaler Ziele, wie Forschung und Entwicklung, Umweltschutz und Aufwertung des Humankapitals. Die AK spricht sich auch für eine Anhebung der De-minimis-Beihilfen von 100.000 Euro auf 200.000 Euro aus.

Miron Passweg

Die EU-Kommission hat im Juni 2005 einen Aktionsplan beschlossen, welcher als Konsultationspapier und Roadmap für die Reform des Beihilferechts, die in den Jahren 2005 bis 2009 von der Kommission „in enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und den Betroffenen“ durchgeführt werden soll, dient. Um den neuen Herausforderungen (EU-Erweiterung, neu belebte Lissabon-Strategie für Wachstum und Arbeitsplätze) begegnen zu können, beabsichtigt die Kommission das bestehende Beihilferecht sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich zu überarbeiten. Geplant ist ein umfassendes, kohärentes Reformpaket auf folgender Grundlage:

- weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen
- eine verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise
- effizientere Verfahren, bessere Rechtsanwendung, größere Berechenbarkeit
- mehr Transparenz

In der Mitteilung für die Frühjahrstagung 2005 des Europäischen Rates „Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze - Ein Neubeginn für die Lissabonner Strategie“ vom Februar 2005 ist davon die Rede, dass „die Mitgliedstaaten staatliche Beihilfen reduzieren und umlenken sollten, um Marktversagen in Sektoren mit hohem Wachstumspotenzial auszugleichen und die Innovationstätigkeit anzuregen“. Dabei wurde auch schon eine grundlegende Überarbeitung der Regeln für staatliche Beihilfen angekündigt.

Der Europäische Rat vom März 2005 hat schließlich die Mitgliedstaaten ersucht, zusätzlich zu einer aktiven Wettbewerbspolitik das allgemeine Niveau der staatlichen Beihilfen weiter zu senken, wobei etwaigem Marktversagen jedoch Rechnung zu tragen ist. Diese Tendenz soll mit einer Umlenkung der Mittel zu Gunsten bestimmter horizontaler Ziele, wie zB Forschung und Innovation sowie Aufwertung von Humankapital, einhergehen. Darüber hinaus sollte die Reform der Regionalbeihilfen ein hohes Investitionsniveau begünstigen und den Abbau der Unterschiede im Einklang mit den Lissabonner Zielen ermöglichen.

Wie Berichten der Kommission zu entnehmen ist, hat sich der Trend in Bezug auf staatliche Beihilfen – aus Sicht der Kommission – sehr positiv entwickelt:

- Der BIP-Anteil liegt im EU-Durchschnitt schon bei weniger als 1%,

- die Umstellung auf horizontale Beihilfen scheint zu greifen,
- auch der Anteil der Regionalbeihilfen ist signifikant gesunken.

Am 9. Forum zum europäischen Beihilferecht an der Europäischen Rechtsakademie in Trier (November 2005) wurde allerdings von einem Vertreter der Kommission kritisch angemerkt, dass die staatlichen Beihilfen in der EU vom Niveau her wohl deutlich verringert wurden, jedoch nicht mehr weiter sinken.

Österreich gehört im EU-Vergleich bei der Förderung im Sachgüter erzeugenden Sektor zu den Staaten mit niedrigen Förderquoten. Dazu kommt noch, dass der Prozentanteil an der Wertschöpfung von 1,4% Mitte der 90er-Jahre auf 0,9% im Jahr 2002 reduziert wurde. So betrug zum Beispiel der vergleichbare Anteil Dänemarks Mitte der 90er-Jahre um die 4% und stieg nach 2000 auf ca 5%. Der EU-Durchschnitt fiel von über 3% auf 1,5%.

Die Bundesarbeitskammer hat in ihrer Stellungnahme vom 30. Juni 2005 angeführt, dass sie für strenge Kriterien in der Beihilfevergabe eintritt. Es wurde der Einsicht der Kommission voll zugestimmt, dass die staatlichen Beihilferegulungen aufgrund der Vielzahl von Bestimmungen durch zunehmende Unübersichtlichkeit geprägt sind. Die Bundesarbeitskammer hat daher die Ansätze, die zu einem effizienteren und transparenteren Beihilfewesen führen, begrüßt, um die gemeinsamen Ziele – wie zum Beispiel die dringend notwendige Schaffung neuer Arbeitsplätze in der EU – erreichen zu können. Eine Reduktion des Gesamtvolumens der staatlichen Beihilfen könnte sich dabei eventuell ergeben, sollte jedoch keineswegs im Vordergrund stehen oder gar als Hauptziel betrachtet werden. Wenn die Europäische Kommission formuliert, dass die Beihilfepolitik vor neuen Herausforderungen steht, dann muss dazu angemerkt werden, dass die wichtigste Herausforderung eigentlich in der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit liegen sollte. Eine auf neue Grundlagen gestellte Beihilfepolitik sollte daher einen entsprechenden Beitrag zur Beschäftigungspolitik leisten können.

Die Umleitung bestimmter Mittel zur Förderung horizontaler Ziele, wie Forschung und Entwicklung, Umweltschutz oder die Aufwertung von Humankapital, sind durchaus begrüßenswert. Um richtig greifen zu können, darf die Bestimmung des Niveaus dieser horizontalen Beihilfen jedoch nicht unter dem Dogma der allgemeinen Senkung des Beihilfeiveaus stehen.

Der Effizienz des Beihilfesystems förderlich sind auch die Gruppenfreistellungen, wonach bestimmte Beihilfekategorien von der Anmeldepflicht freigestellt werden (siehe in diesem Kapitel weiter unten).

Im Zusammenhang mit der Mitteilung für die Frühjahrstagung 2005 des Europäischen Rates wird betreffend Beihilfereform angeführt, dass auf die Bedürfnisse und Belastungen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in Zukunft mehr eingegangen werden soll. Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer sollte dies in einer grundlegenden Reform der staatlichen Beihilfen deutlich zum Ausdruck kommen. Auch zeigt sich in der Förderungspraxis, dass bei den KMU die so genannten Mitnahmeeffekte¹ weit geringer sind als bei Großunternehmen.

F&E und Innovation

Die in Lissabon und Barcelona gefassten Ziele hinsichtlich einer Verstärkung der Aktivitäten der Europäischen Union im Bereich Forschung und Technologie, ua durch Umlenkung öffentlicher Ausgaben zu Gunsten Forschung, Entwicklung, Innovation und der Förderung der Verbreitung neuer Technologien in der EU sowie der Schaffung eines Europäischen Forschungsraumes sind grundsätzlich zu begrüßen. In diesem Zusammenhang erscheint der F&E-Gemeinschaftsrahmen als wesentlicher Rahmen zur Zielerreichung bei gleichzeitiger Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Der Gemeinschaftsrahmen besagt jedoch, dass Innovation keine eigenständige Förderkategorie darstellt. Für Aktivitäten, die als innovativ angesehen wer-

¹ Unter Mitnahmeeffekt versteht man die Inanspruchnahme von Förderungen durch ein Unternehmen für eine Maßnahme, die es auch ohne Förderung gesetzt hätte.

den können, aber nicht unter die Kategorie Grundlagenforschung, industrielle Entwicklung oder vorwettbewerbliche Entwicklung fallen, können staatliche Beihilfen nur dann genehmigt werden, wenn sie mit der Politik der Kommission im Bereich der Investitionsbeihilfen im Einklang stehen.

Wie in einigen Mitteilungen der Kommission dargestellt, bedarf es zur Realisierung der Lissabon/Barcelona-Ziele auch vermehrter Innovationsanstrengungen. Eine eigene Förderungskategorie scheint daher gerechtfertigt. Sinnvoll wäre eine Einschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen, da dort Marktversagen aufgrund von Unsicherheit im Zusammenhang mit Innovation eher zu beobachten ist als bei größeren Unternehmen.

Bereits in ihrer Stellungnahme vom 12. Jänner 2005 hat sich die Bundesarbeitskammer für die Integration von Regeln für Innovationsbeihilfen in den F&E-Gemeinschaftsrahmen ausgesprochen. Eine gesonderte Rechtsgrundlage würde das Beihilferegime der EU eher verkomplizieren. Da die Gefahr besteht, dass Innovationsbeihilfen überall dort erlaubt sein werden, wo Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten nicht anerkannt werden, bedarf es besonders konkreter und strenger Regeln, die auch überprüft werden.

Humankapital

Ab 2007 sollten weiterhin Beihilfen zur Förderung des Humankapitals in die Gruppenfreistellungsverordnungen einbezogen werden können. Die öffentliche Förderung von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen für beschäftigte ArbeitnehmerInnen wird einen wichtigen Bestandteil der österreichischen Arbeitsmarktpolitik – auch nach dem Auslaufen der derzeitigen EU-Strukturfonds-Periode – ausmachen und ausmachen müssen. Die längst überfällige Etablierung des Grundsatzes des „Lebenslangen Lernens“ in der betrieblichen Arbeitsmarktpolitik wird ohne öffentliche Förderung durch die Arbeitsmarktpolitik nicht zu bewerkstelligen sein. Dafür müssen aber die Beihilferechtlichen Schranken so niedrig wie möglich sein, diesbezügliche Politikansätze dürfen aus Sicht der Arbeiterkammer durch das EU-Beihilferecht nicht eingeschränkt werden.

Daseinsvorsorge

Als zentrale Aufgabe der (einzelstaatlichen) Politik muss gelten, dass eine flächendeckende, hochwertige, für alle Menschen leistbare Bereitstellung von öffentlichen Dienstleistungen, wie Wasser, Verkehr, Gesundheit oder Bildung, gewährleistet sein muss. Bestrebungen die lokale oder staatliche Organisations- und Finanzierungsfreiheit für Leistungen der Daseinsvorsorge zu beschneiden sind abzulehnen.

Unbestritten sollte sein, dass der Staat (bzw Land, Gemeinde) für die besonderen Kosten einer Gemeinwohlverpflichtung ganz oder teilweise aufkommt. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind daher in aller Regel zuschuss- bzw Beihilfebedürftig. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Verständnisses von „staatlichen Beihilfen“ im Sinne des Artikel 87 EG-Vertrag kann die Zuschussbedürftigkeit iwS geradezu als Kennzeichen bzw Charakteristikum von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden.

In der Rechtspraxis spielt das „Altmark Trans-Urteil“² eine tragende Rolle. Dabei hat der EuGH die Möglichkeiten für Beihilfen weiter eingeschränkt und festgelegt, unter welchen Bedingungen Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatliche Beihilfe darstellt und daher auch nicht notifizierungspflichtig sind. Diese Kriterien lauten gemäß Urteil (in vereinfachter Darstellung):

- das begünstigte Unternehmen ist tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden, und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden;
- die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden;

² RS C 280/00 vom 24. Juli 2003; Altmark Trans GmbH u Stadt Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH

- der Ausgleich geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;
- die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgte, ist auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Sollte eine dieser Bedingungen nicht zutreffen, gilt die Ausgleichszahlung als Beihilfe.

Gruppenfreistellungsverordnung, De-minimis-Beihilfen

Die Schaffung einer allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung, wie seitens der Europäischen Kommission vorgeschlagen, wäre durchaus sinnvoll. Die bisher bestehenden Gruppenfreistellungsverordnungen – Ausbildung, Beschäftigung, kleine und mittlere Unternehmen (KMU) – sollten jedoch unbedingt in die neue allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung einbezogen werden. Darüber hinaus wäre die Erweiterung der Bereiche der Gruppenfreistellung jedenfalls auf Forschung und Entwicklung, aber eventuell auch auf Regional-, Umweltschutz- und Rettungsbeihilfen für KMU zweckmäßig. In die Diskussion mit einbeziehen sollte man auch eine Gruppenfreistellung für sämtliche KMU-Beihilfen.

Im Sinne einer Flexibilisierung des Beihilferechts und der Verbesserung der Entwicklungschancen für kleine und mittlere Unternehmen ist der Auffassung der EU-Kommission zuzustimmen, wonach die Obergrenzen für *De-minimis*-Beihilfen angehoben werden sollen. Seit 1992 ist die derzeitige Obergrenze eingefroren. Die Arbeiterkammer spricht sich für eine deutliche Anhebung des Schwellenwertes von 100.000 Euro auf mindestens 200.000 Euro aus. Die Anhebung dieser Höchstgrenze könnte zugleich auch zur Verwaltungsvereinfachung beitragen.

2.1.2 Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung

Die Erweiterung um neue Mitgliedstaaten bringt das Erfordernis der Reform von Regionalbeihilfen mit sich. Die ersten Entwürfe der Kommission hierzu stießen allerdings auf breiten Widerstand.

Der letztendliche Beschluss stellt einen Verlust an Fördermöglichkeiten dar, andere Forderungen, wie zB eine Beschränkung des Fördergefälles, wurden umgesetzt. Außerdem gibt es für manche Regionen – unter die auch das Burgenland fällt – einen Übergangstatus.

Aus Sicht der Arbeiterkammer stellen die Regelungen damit zwar eine Verbesserung gegenüber den ersten Vorschlägen der Kommission dar, sie bedeuten aber für die österreichischen Regionen eine Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Zustand.

Roland Lang

Allgemeines

Schon seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge 1957 ist die Beihilfepolitik integraler Bestandteil der Wettbewerbspolitik. Das Wettbewerbskonzept der EU beruht dabei auf der prinzipiellen Vorstellung, dass funktionierende Märkte zum Wohle der VerbraucherInnen wirken (Versorgung mit Waren, neue Produkte, hohe Qualität, niedriger Preis,...), aber auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit (Innovationen, Effizienz,...) der Unternehmen stärken. Im Rahmen der Beihilfepolitik hat die Europäische Kommission, diesem Konzept folgend, dafür zu sorgen, dass die von den Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen den Wettbewerb nicht über Gebühr verfälschen. Um den Vorstellungen eines funktionierenden Wettbewerbs näher zu kommen, ergibt sich daher neben anderen Bereichen (wie Kartell- oder Fusionskontrolle) die Notwendigkeit der Beihilfekontrolle. Alle im europäischen Binnenmarkt tätigen Unternehmen sollen die gleichen Bedingungen vorfinden. Artikel 87 EG-Vertrag untersagt staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen – soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten betreffen. Der EG-Vertrag hat der Kom-

mission die Aufgabe zugewiesen, die bestehenden und geplanten Beihilfemaßnahmen der Mitgliedstaaten auf diese Aspekte hin zu prüfen.

Der Vertrag sieht aber auch ausdrücklich Ausnahmen vom Beihilfeverbot vor, wenn zu erwarten ist, dass sich die geplanten Beihilfemaßnahmen aus Sicht der gesamten Union vorteilhaft auswirken. Damit wird anerkannt, dass sich staatliche Beihilfen mitunter durchaus als wirksames Instrument erweisen können, um Ziele von gemeinsamem Interesse zu erreichen. Sie können auch Unzulänglichkeiten des Marktes korrigieren und zur Förderung des sozialen und regionalen Zusammenhalts, einer nachhaltigen Entwicklung sowie der kulturellen Vielfalt beitragen. Die Prüfungsaufgabe der Kommission bedeutet demnach im Grunde nichts anderes, als zwischen den negativen Auswirkungen staatlicher Beihilfen einerseits und ihren positiven Auswirkungen andererseits im gemeinsamen Interesse abzuwägen.

Unter diesen Gesichtspunkten wird das prinzipielle Verbot von Beihilfen auf Basis von Spezialregelungen seitens der EU relativiert. Direkte Unternehmensförderungen werden demnach ermöglicht für:

- Unterstützung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit
- Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Klein- und Mittelunternehmen
- Verbesserung der Regionalstruktur (auf diese wird im Folgenden näher eingegangen)
- Förderung des Umweltschutzes
- Forcierung von Aus- und Weiterbildung sowie Beschäftigung
- Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen

Bestimmte Sektoren (Landwirtschaft, Fischerei, Kohlenbergbau und Verkehr) haben darüber hinaus besondere Beihilferechtliche Vorschriften.

Änderung der Regionalbeihilfeleitlinien

Als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden daher prinzipiell auch regionale Förderungen. Dies stützt sich auf folgende Abschnitte im EG Vertrag:

- In Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a heißt es: Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht.
- In Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c heißt es: Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Die Kriterien, die die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Regionalbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach diesen beiden Bestimmungen des EG Vertrages zugrunde legt, sind für den Zeitraum 2000-2006 in den Leitlinien von 1998 festgelegt³. Mit dem Auslaufen dieser Leitlinien Ende 2006 und weit reichenden politischen und wirtschaftlichen Veränderungen (Erweiterung der EU 2004 um 10 neue Mitglieder, der folgende Beitritt von Bulgarien und Rumänien, die gemeinsame Währung, die Ziele von Lissabon, die weitere Integration usw) machten eine umfassende Diskussion über die zukünftige Gestaltung der Leitlinien für die Zeit ab 2007 notwendig. Dazu kam noch das Ersuchen des Europäischen Rates vom März 2005 an die Kommission, das allgemeine Niveau der staatlichen Beihilfen weiter zu senken und dennoch etwaigem Marktversagen Rechnung zu tragen. Die Reform der Regionalbeihilfen soll laut Rat ein hohes Investitionsniveau begünstigen und den Abbau der Unterschiede im Einklang mit den Zielen von Lissabon ermöglichen.

³ ABI C 74 vom 10.3.1998, S 9, geändert in ABI C 288 vom 9.10.1999, S 2, sowie ABI C 285 vom 9.9.2000, S 5

Bereits im Frühjahr 2003 trat die Kommission in einen Diskussionsprozess mit den Mitgliedstaaten zur zukünftigen Gestaltung der Leitlinien ein. Die vielfältigen Ansprüche und Zielsetzungen machten den Diskussionsprozess nicht einfach. So war die Unterstützung der wirtschaftlich schwächsten Regionen in der (erweiterten) Europäischen Union mit der Möglichkeit einer Kohäsion auch auf innerstaatlicher Ebene zu vereinbaren. Es galt, den weiteren Subventionswettbewerb zu abzubauen, ein all zu starkes Fördergefälle zwischen verschiedenen Gebieten zu vermeiden und ein größeres Ausmaß an Flexibilität für die Mitgliedstaaten zu erreichen - um nur einige der (auch für die ArbeitnehmerInnenvertretung) wichtigen Punkte zu nennen.

Die ersten Vorschläge der Kommission entsprachen in keiner Weise den Erfordernissen. Für Österreich hätte deren Verwirklichung zu einer massiven Reduktion der Regionalförderungsmöglichkeiten und damit zu einer abrupten Unterbrechung positiver regionalwirtschaftlicher Entwicklungstendenzen in zahlreichen benachteiligten Gebieten geführt. Im schlimmsten Fall wären – nach den ersten Entwürfen - abgesehen vom bisherigen Ziel 1-Gebiet Burgenland alle bisherigen Fördergebiete nach Artikel 87 Abs 3 Buchstabe c aus dem Bevölkerungsplafond⁴ herausgefallen. Darüber hinaus wären zwischen Ziel 1-Fördergebieten („a“-Gebieten) in angrenzenden Mitgliedstaaten und nicht (mehr) förderbaren Regionen in Österreich Förderungsgefälle von bis zu 50% aufgetreten. Dies hätte zu einer weiteren Verstärkung der bereits aufgrund des Steuerwettbewerbs bestehenden Standortverlagerungsproblematik geführt.

Die neuen Leitlinien

Massive Einwände und fundierte Stellungnahmen verschiedener Mitgliedstaaten, regionaler VertreterInnen und Interessenvertretungen, wie etwa auch der Bundesarbeitskammer, haben letztlich doch zu erheblichen Entschärfungen des Erstentwurfs geführt. Am 22. Dezember 2005 wurden die neuen Leitlinien von der für Wettbewerb zuständigen Kommissarin Neelie Kroes vorgestellt.

Die Eckpunkte der neuen Regelung (insbesondere ihre Bedeutung für Österreich), die für den Zeitraum 2007 bis 2013 gelten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Nach den derzeit noch (bis Ende 2006) geltenden Leitlinien leben insgesamt 52,2% der EU-25-Bevölkerung in Fördergebieten. 34,2% der Bevölkerung leben in Regionen, die als stark benachteiligt gelten. In diesen Regionen (entsprechen Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a des EG Vertrags) können die höchsten Fördersätze gewährt werden (40 bis 50% des Barwertes des Projektvolumens). 18% der Bevölkerung leben derzeit in Regionen (Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c), für die Beihilfesätze von 10 bis 20% des Barwerts des Projektvolumens gelten.

Nach den nun neu beschlossenen Leitlinien für 2007 bis 2013 sinkt der insgesamt für Regionalbeihilfen in Frage kommende Bevölkerungsanteil auf 43,1% der EU-Gesamtbevölkerung. Dies entspricht dem grundsätzlichen Wunsch der Mitgliedstaaten nach Reduktion der Beihilfen und dem in der Folge von der Kommission vorgelegten Beihilfeaktionsplan. Die Reduktion des Bevölkerungsanteils bei Regionalbeihilfen geht einher mit dem Einzug eines Sicherheitsnetzes für die Mitgliedstaaten. Demnach wird der Anteil der Bevölkerung, die bei einem bestimmten Mitgliedstaat aus den Regionalfördergebieten gegenüber dem derzeitigen Ist-Zustand herausfällt, 50% nicht übersteigen – kein Mitgliedstaat kann daher mehr als die Hälfte seiner bisherigen Fördergebiete verlieren.

Für Beihilfeshöchstsätze nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a (benachteiligte Regionen) kommen Regionen in Betracht, die ein Pro-Kopf-Einkommen von weniger als 75% des EU-25-Durchschnitts aufweisen, bzw Regionen in äußerster Randlage (Azoren, Madeira, Guadeloupe,...). Insgesamt leben in diesen Regionen 27,7% der EU Bevölkerung. Innerhalb dieser Regionen gibt es allerdings enorme Wohlfahrtsunterschiede. Die unterste Grenze liegt bei einem Pro-Kopf-Einkommen von nur knapp über 32% (!) des EU-25-

⁴ Der sogenannte Bevölkerungsplafond wird von der Kommission festgelegt und berechnet sich nach der Gesamtbevölkerung der die Gemeinschaftskriterien erfüllenden Gebiete in den jeweiligen Mitgliedstaaten und dem Ausmaß der Strukturprobleme, gemessen an der Arbeitslosigkeit insgesamt und der Langzeitarbeitslosigkeit außerhalb der Ziel-1-Regionen.

Durchschnitts. Angesichts dieser Tatsache wurden die erlaubten Beihilfeshöchstsätze weiter differenziert. Demnach betragen die erlaubten Sätze:

Tabelle 1: Regionalbeihilfeshöchstsätze und Unternehmensgröße

Regionales BIP als % des EU-25-BIP	Beihilfeshöchstsätze für Großunternehmen	Zuschlag für kleine Unternehmen	Zuschlag für mittlere Unternehmen
<75%	30%	20%	10%
<60%	40%	20%	10%
<45%	50%	20%	10%

Von besonderer Bedeutung für Österreich, insbesondere für das Burgenland, als bisher einzige österreichische „Buchstabe a-Region“, ist die Einräumung eines „Übergangsstatus“ für jene Regionen, die (noch) ein Pro-Kopf-Einkommen von unter 75% des EU-15-BIP aufweisen (für die bislang daher höchste Beihilfeintensitäten erlaubt waren), aber durch die Erweiterung 2004 auf über 75% des Pro-Kopf-Einkommens der EU-25 kommen. Diese so genannten „vom statistischen Effekt betroffene Regionen“ können bis Ende 2010 einen Beihilfesatz von 30% für Großunternehmen beanspruchen – anschließend wird ihre wirtschaftliche Lage noch einmal überprüft. Sollte sich ihre Lage verschlechtert haben, gilt der Satz weiter, andernfalls reduzieren sich die maximal möglichen Beihilfesätze in diesen Regionen auf 20%. EU-25-weit leben 3,6% der Bevölkerung in diesen „vom statistischen Effekt betroffenen Regionen“. Das Burgenland, mit 3,4% der österreichischen Bevölkerung, fällt unter diese Regelung (siehe Tabelle 2 „Anteil der Fördergebietsbevölkerung in Prozent“).

Weniger benachteiligte Regionen, mit einem Pro-Kopf-BIP von über 75% des EU-25-Durchschnitts, die aber im Vergleich zur durchschnittlichen wirtschaftlichen Lage im jeweiligen Mitgliedstaat benachteiligt sind, können nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c gefördert werden. Die möglichen Beihilfesätze für diese Gebiete liegen nach der neuen Richtlinie zwischen 15% und 10% (im Falle einer wirtschaftlich im EU-25-Vergleich überdurchschnittlichen Region). Insgesamt liegen 11,8% der EU-25-Bevölkerung in diesen Regionen. Die Leitlinien der Kommission sehen vor, dass 19,1% der österreichischen Bevölkerung von dieser Möglichkeit abgedeckt werden. Diese Regionen müssen als Teil eines nationalen Regionalentwicklungsplanes eindeutig von den einzelnen Mitgliedstaaten definiert werden. Die Mitgliedstaaten haben bei dieser nationalen Festlegung einen relativ großen Spielraum, müssen aber innerhalb ihrer Fördermöglichkeiten nach Artikel 87 Abs 3 Buchstabe c auch sicherstellen, dass das Fördergefälle zu Regionen mit höheren erlaubten Beihilfeintensitäten höchstens 20% beträgt (Grenzregionen).

Tabelle 2: Anteil der Fördergebietsbevölkerung in Prozent (nach den neuen Leitlinien)

	Österreich	EU 15	EU 25
Benachteiligte Gebiete nach Art 87 Abs 3 Buchstabe a	0%	15%	27,7%
Regionen, betroffen vom statistischen Effekt	3,4%	4,3%	3,6%
Gebiete nach Art 87 Abs 3 Buchstabe c	19,1%	13,3%	11,8%
Gesamt	22,5%	32,6%	43,1%

Bewertung

Bisher waren 27,5% der österreichischen Bevölkerung von Regionalfördermöglichkeiten abgedeckt. Im Vergleich zu den ersten Entwürfen hält sich der Rückgang um 5%-Punkte auf 22,5% demnach in vertretbaren Grenzen.

Das Ergebnis der langandauernden Diskussion um die neuen Leitlinien stellt sich aus der Sicht der Bundesarbeitskammer zwiespältig dar. Es kommt ganz darauf an, ob man das Ergebnis mit den ersten Entwürfen der Kommission vergleicht oder mit der Situation wie sie bis Ende 2006 gilt.

Die ersten Entwürfe und Vorschläge der Kommission waren anscheinend ohne irgendeine Rücksichtnahme auf die regionale Entwicklung innerhalb der Mitgliedstaaten erstellt worden. Ihre Umsetzung hätte aller Voraussicht nach katastrophale Folgen - etwa für die österreichische Regionalpolitik - gehabt.

- Die letztlich verabschiedeten Leitlinien bedeuten für Österreich einen Verlust von Fördergebieten in der Größenordnung von 5% der Bevölkerung.
- Das Fördergefälle wurde nunmehr auf 20% (die Bundesarbeitskammer forderte 10%) beschränkt. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Kommission bei der Betrachtung der Beihilfeintensität nun das Bruttosubventionsäquivalent (dh Beihilfewert vor Steuer) betrachtet, was de facto Regionen mit niedrigeren Unternehmensbesteuerungen nochmals bevorzugt (von der Förderung bleibt am Ende „mehr übrig“) und auch nicht geeignet ist, einen Beitrag zur Beendigung des Steuerwettbewerbs innerhalb der EU zu leisten.
- Großunternehmen dürfen weiterhin Regionalförderungen in beschränktem Ausmaß erhalten – was auch von der Arbeiterkammer gefordert wurde.
- Für Regionen, wie dem Burgenland, wurden Übergangsfristen vorgesehen.
- Die von der Arbeiterkammer geforderte Beschränkung der Förderungsmöglichkeit auf EU-weite Nettozuwachsinvestitionen (um Verlagerungsförderungen zu verhindern) ist nicht umgesetzt worden.

2.1.3 EG-Beihilferecht und Vergaberecht: Aktuelle Entwicklungen für öffentliche Dienstleistungen

Seit mehreren Jahren gibt es eine Diskussion über die EG-konforme Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, intensiviert auch durch die steigende Zahl privatrechtsförmiger Akteure: Muss die Leistung ausgeschrieben werden? Ist ein Zuschuss als staatliche Beihilfe einzustufen?

Das Vergaberecht ist diesbezüglich von mehreren EuGH-Urteilen bestimmt. Das Urteil Teckal 1999 brachte die Ansicht, dass das Vergaberecht für eine Gebietskörperschaft in Bezug auf eine Person/Firma dann nicht gelte, wenn sie über diese Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und wenn die Tätigkeiten im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichtet werden. Das Urteil Stadt Halle 2005 schloss aber dann aus, dass die Regel „Kontrolle wie über eigene Dienststelle“ gelten kann, wenn eine auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens an einer Gesellschaft gegeben ist. Das Urteil Parking Brixen 2005 unterwirft jede In-house-Vergaben dem Vergaberecht, wenn weitergehende marktwirtschaftliche Ambitionen bestehen. Ende 2005 gab es auch ein Urteil gegen Österreich. Mödling gründete eine Abfallwirtschafts-GmbH und übertrug dieser sämtliche Rechte. Danach wurden 49% an die Saubermacher AG abgetreten. Diese künstliche Konstruktion wurde untersucht.

Der Beitrag kommt somit zu dem Schluss, dass PPP-Modelle kein taugliches Mittel sind, um sich dem Vergaberecht zu entziehen.

Auch im Beihilferecht gibt es einige wichtige EuGH-Urteile. Das Magdeburger Urteil 2003 definierte jene vier Kriterien, die erfüllt sein müssen: Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, Objektivität und Transparenz, keine Überfinanzierung, Kostenanalyse. Weiters gab es eine Entscheidung über Art 86 (Freistellung von der Notifizierungspflicht) – diese betrifft Krankenhäuser, sozialen Wohnbau und öffentliche Dienstleister mit einem Jahresumsatz von unter 100 Mio Euro und max 30 Mio Euro jährlicher Ausgleichsleistung.

Valentin Wedl

Der Streit um EG-konforme Erbringungsmodalitäten öffentlicher Dienstleistungen (im EU-Jargon einmal als „Leistungen der Daseinsvorsorge“⁵, ein andermal als „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“⁶ oder

⁵ vgl Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg

auch „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“⁷ bezeichnet) zieht sich bereits über mehrere Jahre hin. Spätestens nachdem die Mitgliedstaaten der EU vermehrt dazu übergegangen sind, die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen in private Hände zu legen, ist das Spannungsfeld des marktwirtschaftlich orientierten Gemeinschaftsrechts aktiviert worden. Und je mehr privatrechtsförmige Akteure – seien es „echte“ Privatunternehmen oder auch bloß ausgegliederte Einrichtungen in staatlicher Hand – im weiten Feld der öffentlichen Dienstleistungserbringung tätig sind, umso größer ist das Streitpotenzial, wenn es darum geht, eine Verkehrslinie, ein Schwimmbad oder ein Krankenhaus zu betreiben, eine Stadt mit Wasser zu versorgen, den Abfall für eine ganze Region zu entsorgen oder ein Autobahnprojekt zu verwirklichen.

Abseits von den bisher erfolgten Liberalisierungen in bestimmten netzgebundenen Wirtschaftszweigen (zB Telekommunikation, Strom und Gas, Eisenbahnwesen, Flugverkehr) stehen letztlich auch alle übrigen – vielfach kommunal erbrachten – öffentlichen Dienstleistungen auf dem permanenten Prüfstand des Gemeinschaftsrechts.

Die rechtliche Auseinandersetzung spitzt sich dabei in aller Regel auf zwei Fragestellungen zu:

- Muss die betreffende Leistung – insbesondere nach Maßgabe der EG-Vergaberichtlinien – ausgeschrieben werden?
- Ist ein Zuschuss an eine Einrichtung, die öffentliche Dienstleistungen erbringt (vom kommunalen Kindergarten bis zum sozialen Wohnbau) als staatliche Beihilfe einzustufen, so dass die Finanzspritze erst nach Befassung der EU-Kommission zulässig wäre?

Vergaberechtliche Entwicklungen

Wenngleich es gelungen ist, mit zwei Richtlinien⁸ das europäische Vergaberecht umfassend neu und ungleich übersichtlicher gemeinschaftsweit zu regeln, so ist der für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zentrale Fall der Zulässigkeit so genannter *In-House*-Dienste wie ehemals der primären Entscheidungsgewalt durch den EuGH überantwortet geblieben. Bei *In-House*-Diensten handelt es sich um Dienstleistungen, die entweder durch eigene Dienststellen oder durch rechtlich selbstständige – in aller Regel ausgegliederte – Einrichtungen im Nahebereich der öffentlichen Hand erbracht werden.

Zu bedenken ist, dass in den letzten Jahren – nicht nur in Österreich – zahlreiche Ausgliederungen aus dem staatlichen Bereich aus unterschiedlichen Motivlagen durchgeführt worden sind. Neben erhoffter – vielleicht auch bloß propagierter – positiver Synergieeffekte durch privatrechtsförmige Erbringungsweisen ging es dabei gewiss auch um Versuche (um nicht zu sagen Versuchungen), durch eine Flucht aus dem Staatshaushalt dessen Konformität mit den so genannten Maastricht-Kriterien zu wahren. Nur allzu oft wurde dabei übersehen, dass eine rechtliche Verselbstständigung eines vormals in der staatlichen Verwaltung eingegliederten „Dienstleisters“ gravierende vergaberechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Dies betrifft vor allem jene Fälle, in denen eine ausgegliederte Einrichtung mit „echten“ Akteuren der Privatwirtschaft verbunden wird (PPP-Modelle). Immer schon stand dabei die Frage im Raum, ob eine öffentliche Dienstleistung von einer ausgegliederten Gesellschaft auch ohne vorhergehendes Vergabeverfahren (in aller Regel einer Ausschreibung) weiterhin erbracht werden dürfte.

1999: Urteil Teckal – Alles ist möglich?

Den Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung bildete hier das Urteil des EuGH in der Rechtssache Teckal aus dem Jahre 1999⁹. Der Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, in dem eine italienische Gemeinde die Betreuung von Heizungsanlagen in bestimmten Gebäuden der AGAC übertragen hat. Die AGAC ist ein aus

⁶ vgl Europäische Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg

⁷ die Terminologie des EG-Vertrags gem Art 16 und Art 86 Abs 2 EG

⁸ Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; Richtlinie 2004/17/EG zur Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

⁹ EuGH, Rs C-107/98, Teckal, Slg 1999, I-8121.

mehreren Gemeinden – darunter die Auftrag gebende Gemeinde – bestehendes rechtlich selbstständiges Konsortium zur Erbringung von Energie- und Umweltdienstleistungen.

Nach dem Urteil genügt es zur Anwendung des Vergaberechts zwar grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werde. Dem fügte der Gerichtshof jedoch folgenden Satz hinzu, der bis zum Jahr 2005 allen Ausgliederungsprojekten den Fluchtweg aus dem Vergaberecht zu ebnen schien: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“¹⁰

Durch die „blaue Brille“ besehen waren damit Ausgliederungsambitionen keinerlei vergaberechtliche Hemmungen beschert. Auch die Hinzuziehung „echter“ Privatunternehmen zur Lancierung von PPP-Projekten schien bedenkenlos, solange die beiden Vorgaben des Teckal-Urteils einigermaßen beachtet würden, bis dem der Gerichtshof im Jahre 2005 mit mehreren Judikaten einen Strich durch die Rechnung machte.

Jänner 2005: Urteil Stadt Halle

Den Anfang setzte der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache Stadt Halle¹¹. Dem lag der Fall einer freihändigen Vergabe eines Abfallentsorgungsauftrags durch die Stadt Halle an eine Tochtergesellschaft ihrer bereits ausgegliederten Stadtwerke-GmbH (zu 100% im Eigentum der Stadt) zu Grunde. Die Tochtergesellschaft stand jedoch nur zu 75,1% im Eigentum der Stadtwerke GmbH. 24,9% des Kapitals wurden von einer privaten GmbH gehalten.

Das Außer-Acht-Lassen der vergaberechtlichen Bestimmungen hielt der Gerichtshof für gemeinschaftswidrig. Es „schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, [...] auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.“¹² Der Gerichtshof brachte hierfür ins Treffen, dass die Investition eines Privatunternehmens grundsätzlich andersartige Ziele verfolge als eine Beteiligung einer öffentlichen Stelle. Außerdem würde dieses Unternehmen dadurch einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten erhalten¹³.

Oktober 2005: Parking Brixen

Den nächsten Grenzstein für vergabefreie *In-House*-Dienste setzte der Gerichtshof mit seinem Urteil in der Rechtssache Parking Brixen¹⁴. Dabei ging es um eine freihändig vergebene Konzession zum Bau und Betrieb von Parkplätzen. Dieser Konzessionsvertrag wurde zwischen der Gemeinde Brixen und ihrer ausgegliederten Stadtwerke Brixen AG geschlossen, deren Gesellschaftsanteile zu 100% von der Gemeinde Brixen gehalten wurden. Die Aktiengesellschaft war durch weite Vollmachten des Verwaltungsrates gekennzeichnet. Ihr satzungsgemäßer Tätigkeitsbereich war weiters auf die internationale Ebene ausgeweitet. Überdies war eine baldige Öffnung für Fremdkapital vorgesehen.

Der Gerichtshof hielt fest, dass das in der Rechtssache Teckal etablierte Kriterium der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ bedeute, dass die konzessionerteilende öffentliche Stelle in der Lage sein müsse, „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen [der ausgegliederten Einrichtung, Anm VW] ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“¹⁵. Dagegen spreche jedoch im vorliegenden Fall die von der Stadtwerke Brixen AG vorgenommene Marktausrichtung, namentlich ihre vorstehend genannten Charakteristika.

¹⁰ ebenda, Rn 50; vgl auch § 10 Z 7 BVergG 2006.

¹¹ EuGH, Rs C-26/03; Stadt Halle, Slg 2005, I-1.

¹² ebenda, Rn 49.

¹³ ebenda, Rn 50f.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs C-458/03, Parking Brixen, noch nicht in Slg veröffentlicht.

¹⁵ ebenda, Rn 65.

Es mag an diesem Urteil dogmatisch zu kritisieren sein, dass der Aspekt der Kontrolle über die Geschäftstätigkeiten mit dem Aspekt der (Markt-)Ausrichtung der Geschäftstätigkeiten vermengt werde¹⁶. Dennoch dringt die Absicht des Gerichtshofs durch, nämlich letztlich auch *In-House*-Dienste dem Vergaberecht zu unterwerfen, sofern sie von einer Einrichtung erbracht werden, die weitergehende marktwirtschaftliche Ambitionen vermittelt als die bloße Bewirtschaftung „ihrer“ angestammten Gebietskörperschaft(en). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände durch den Gerichtshof schadete in diesem Zusammenhang auch schon der Umstand, dass eine Hinzuziehung privater Investoren erst irgendwann für die Zukunft vorgesehen war.

November 2005: Kommission gegen Österreich

Zuletzt erwischte es auch ein österreichisches Projekt.¹⁷ Einem von der Kommission betriebenen Vertragsverletzungsverfahren lag ein PPP-Vorhaben der Stadtgemeinde Mödling mit der Saubermacher AG zu Grunde. In einem ersten Schritt gründete die Stadtgemeinde eine Abfallwirtschafts-GmbH, deren Anteile zunächst noch zu 100% von der Stadtgemeinde Mödling gehalten worden sind. In einem zweiten Schritt wurde der GmbH die Abfallwirtschaft für das Gemeindegebiet sowie das ausschließliche Recht zur Sammlung und Behandlung von Müll übertragen. Kurz darauf beschloss der Gemeinderat, 49% der GmbH-Anteile an die Saubermacher AG abzutreten. Die operative Tätigkeit nahm die Abfallwirtschafts-GmbH insgesamt erst nach der Übernahme von Gesellschaftsanteilen durch die Saubermacher AG auf.

Der Versuch, die Abfall-„Braut“ vor ihrer Vermählung mit der Saubermacher AG mit ausschließlichen Rechten aufzuputzen, wurde vom Gerichtshof als „künstliche Konstruktion“¹⁸ enttarnt. Im Gefolge des Urteils in der Rechtssache Stadt Halle konnte auch der denkbare Rettungsring des mehrheitlichen Verbleibs der Anteile bei der Auftraggeberin Stadtgemeinde Mödling die aufgetretenen „Ehehindernisse“ nicht mehr sanieren.

Zwischenergebnis

Konnte dem Gerichtshof im Zuge des Urteils Teckal noch eine konziliante Tendenz bei vergabefreien *In-House*-Diensten unterstellt werden, so ging es im abgelaufenen Jahr hart zur Sache. Vergaberechtlich verlässlich am Trockenen befindet sich jedenfalls nur mehr eine Ausgliederung von staatlichen Aufgaben an eine herkömmliche GmbH, die weitgehend im vollständigen Eigentum der zuständigen öffentlichen Stelle verbleibt und von unwesentlichen Ausnahmen abgesehen auch nur für diese Stelle tätig ist.

Private-Public-Partnership-Modelle stellen jedenfalls kein taugliches Mittel dar, um sich den vergaberechtlichen Anforderungen entziehen zu können.

Mit Vorsicht sind zudem auch freihändige Vergaben an Gesellschaften zu bewerten, deren Anteile insgesamt ausschließlich von öffentlichen Stellen gehalten werden (*Public-Public-Partnerships*). Die Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise verlangt jedenfalls, dass auch diese Gesellschaften keine besonderen Marktambitionen hegen. Aus einem weiteren Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Coname*¹⁹ kann außerdem gefolgert werden, dass als weitere Voraussetzung die in concreto Auftrag erteilende Stelle allein über ein maßgebliches Kontrollrecht über den betreffenden Rechtsträger verfügen muss. Glasklare Judikatur des Gerichtshof liegt dazu aber bis dato noch nicht vor²⁰.

Zu beachten ist aber in allen Fällen, dass die Befreiung von vergaberechtlichen Zwängen für *In-House*-Dienste vom Gerichtshof als Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts erachtet wird. Folglich sind derartige Bestimmungen eng auszulegen und die Beweislast für das tatsächliche Vorlie-

¹⁶ Dieser Aspekt hätte unter das zweite Teckal-Kriterium subsumiert werden müssen, wonach die Tätigkeit der betreffenden Einrichtung im Wesentlichen für ihre anteilsinnehabenden Gebietskörperschaften erfolgen müsse (siehe oben, Fußnote 9, Rn 50).

¹⁷ EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs C-29/04, Kommission/Österreich, noch nicht in Slg veröffentlicht.

¹⁸ ebenda, Rn 40

¹⁹ EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs C-231/03, Coname, noch nicht in Slg veröffentlicht, Rn 24.

²⁰ In der Rs *Coname*, ebenda, die einen Konzessionsvertrag zum Gegenstand hatte, wählte der Gerichtshof zur Lösung der *In-House*-Frage einen anderen dogmatischen Weg (auf Grundlage der allgemeinen Prüfformel zur Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 49 EG). Zur „Teckal-Formel“ kehrte er jedoch auch bei Konzessionen in der Rechtssache *Parking Brixen*, Rn 61, zurück.

gen von außergewöhnlichen Umständen, die eine Ausnahme rechtfertigen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will²¹ (dh den freihändig vergebenden öffentlichen Stellen).

Sowohl bei bestehenden als auch (und vielmehr) bei zukünftigen Ausgliederungen wird daher genauestens auf diese verschärften Kriterien der Judikatur für *In-House*-Dienste zu achten sein. Dies könnte auch zum Anlass genommen werden, die Sinnhaftigkeit so mancher Ausgliederung eingehender zu überdenken. Kann eine ausgegliederte Gesellschaft ihr Stammgeschäft erst nach Obsiegen in einem Vergabeverfahren erbringen, so ist ihr Schicksal und das ihrer Beschäftigten gröbste Fahrlässigkeit aufs Spiel gesetzt.

Beihilferechtliche Entwicklungen

Neben den vergaberechtlichen Fragen tritt das Gemeinschaftsrecht auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht auf den Plan. Art 87 EG verbietet dabei grundsätzlich die Gewährung staatlicher Beihilfen an Unternehmen, ohne entsprechende Genehmigung seitens der Kommission²². Wie verhält es sich aber mit Zuschüssen an öffentliche Dienstleister, die nicht zuletzt in Folge ihrer Gemeinwohlverpflichtungen ohne entsprechende finanzielle Unterstützungen nicht einmal kostendeckend wirtschaften könnten? Ist auch bei derartigen Subventionen von einer Beihilfe auszugehen, die von der Kommission vorab zu genehmigen wäre?

2003: Magdeburger Urteil

Im Hinblick auf die Beihilferechtliche Beurteilung staatlicher Zuschüsse setzte zunächst im Sommer 2003 der EuGH mit dem so genannten „Magdeburger Urteil“ neue Maßstäbe²³. Der Gerichtshof hielt darin fest, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen davon ausgehen können, dass eine Finanzspritze an öffentliche Dienstleister nicht als Beihilfe zu qualifizieren sei, womit in derartigen Fällen auch der EU-Kommission ihr exklusives Genehmigungsrecht entzogen wäre. Dazu müssten vier Bedingungen (die so genannten „Altmark-Kriterien“) erfüllt sein:

- Erstens muss das bezuschusste Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;
- zweitens sind die Parameter der Bezuschussung vorab objektiv und transparent aufzustellen;
- drittens darf ein Zuschuss nicht höher sein, als es den tatsächlichen Mehrkosten einschließlich eines angemessenen Gewinns für das Unternehmen entspricht (mit anderen Worten handelt es sich immer nur um einen Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen);
- und viertens ist – wenn von einer Ausschreibung der Leistung abgesehen wird – die Höhe des Ausgleichs auf Grundlage einer adäquaten Kostenanalyse zu ermitteln²⁴.

Auch wenn das Magdeburger Urteil als wichtiger Meilenstein für die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen zu betrachten ist, so blieben damit auch viele Fragen offen. Im Raum stand zB immer noch die Frage, wie die Kommission etwa bei jenen Finanzspritzen vorzugehen gedenke, die den vier Altmark-Kriterien nicht genügen sollten. Der einfache Fall sei erwähnt, dass sich erst nach Betrauung einer Einrichtung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eine Zuschussbedürftigkeit herausstellt (wenn etwa die prognostizierten Einnahmen für eine Müllentsorgungsanlage unbeschadet eines eingeräumten Versorgungsmonopols ausbleiben). In diesem Fall wäre etwa das zweite Altmark-Kriterium nicht erfüllt. So trat noch im Jahre 2004 der mittlerweile aus der Kommission geschiedene Wettbewerbskommissar Monti auf den Plan. Er legte drei Entwürfe vor, die bei der Beurteilung der Vereinbarkeit staatlicher Zuschüsse für öffentliche Dienstleistungen mit dem EG-Beihilferecht endlich Rechtssicherheit schaffen sollten.

Nach einer Konsultationsphase von eineinhalb Jahren wurde das „Monti-Paket“ im Juli 2005 endgültig von der Kommission unter der Ägide der nunmehrigen Wettbewerbskommissarin Kroes verabschiedet. Es enthält drei Rechtsakte:

²¹ EuGH, Stadt Halle (FN 7), Rn 46; darauf verweisend auch EuGH, Parking Brixen (FN 10), Rn 63

²² vgl Art 88 EG.

²³ EuGH, Rs C-280/00, Altmark Trans GmbH, Slg 2003, I-7747.

²⁴ ebenda, Rn 88ff.

- Entscheidung über die Anwendung von Art 86 Abs 2 EG
- Gemeinschaftsrahmen
- Änderung der Transparenzrichtlinie

Entscheidung über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG

Zum Ersten werden mit einer Entscheidung²⁵ gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG bestimmte Typen von Zuschüssen generell von der Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten an die Kommission freigestellt. Neben Ausgleichsleistungen an Krankenhäuser und den sozialen Wohnbau betrifft das auch sonstige Zuschüsse an öffentliche Dienstleister, deren Jahresumsatz unter 100 Mio Euro liegt und die eine jährliche Ausgleichsleistung von max 30 Mio Euro erhalten. Abgesehen von dem Umstand, dass damit die ungeheure Brisanz des Gemeinschaftsrechtes im Lichte seines breiten Anwendungsgebietes (sozialer Wohnbau!) sichtbar wird, erscheint der Ansatz zunächst durchaus großzügig und folgt den Forderungen der AK im Begutachtungsverfahren. Allerdings wird die Befreiung der Notifizierungspflicht unter überaus strenge Transparenzbedingungen gestellt. So sollen rigide Rechnungslegungsgrundsätze vermeiden helfen, dass Zuschüsse auch in diesem Fall nicht über das hinausgehen, was einer Einrichtung tatsächlich an Mehrkosten aufgrund von Gemeinwohlverpflichtungen erwächst – unter Berücksichtigung der Einnahmen und einer angemessenen Rendite. Eine darüber hinaus gehende Überkompensation müsste rückerstattet werden. Zudem wird die ursprüngliche ausschließliche Kontrollbefugnis der Kommission auf die Mitgliedstaaten überwält. Sie müssen in regelmäßigen Abständen strenge Kontrollen durchführen sowie der Kommission sämtliche Unterlagen vorhalten und alle drei Jahre berichten.

Gemeinschaftsrahmen

Zum Zweiten enthält das „Monti-Paket“ einen Gemeinschaftsrahmen²⁶ für jene Zuschüsse (Beihilfen), die den Kriterien der vorerwähnten Entscheidung nicht genügen. Das betrifft im Wesentlichen jene Zuschüsse, die die Schwellenwerte von 100 Mio Euro Jahresumsatz bzw 30 Mio Euro jährliche Zuschusshöhe übersteigen. Derartige Zuschüsse unterliegen weiterhin dem Genehmigungsvorbehalt der Kommission. Der Gemeinschaftsrahmen soll daher sichtbar machen, unter welchen Voraussetzungen die Kommission einen Zuschuss genehmigen würde. Auch er sieht ähnliche Transparenzvorgaben wie die vorerwähnte Entscheidung vor, die letztlich sicherstellen sollen, dass der Charakter des bloßen Ausgleichs für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erhalten bleibe (keine Überkompensation).

Änderung der Transparenzrichtlinie

Zum Dritten befindet sich im „Monti-Paket“ eine Änderung der so genannten Transparenzrichtlinie.²⁷ Diese Richtlinie veranlasst die Mitgliedstaaten, die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen buchhalterisch offen zu legen. Mit der aktuellen Novelle werden sämtliche Dienstleister, die in welcher Form auch immer Vergütungen für öffentliche Dienstleistungen erhalten und daneben andere (insbesondere rein marktwirtschaftliche) Tätigkeiten verrichten, getrennte Bücher führen müssen. Davon betroffen wären also auch jene Zuschüsse, die den Tatbestand der Beihilfe zunächst nicht erfüllen, jedoch insoweit missbräuchlich eingesetzt werden könnten, als sie zur Subventionierung möglicher weiterer Geschäftsfelder eines Unternehmens dienen. Kurzum: Die Kommission will damit so genannte Quersubventionierungen besser in den Griff kriegen.

Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Kommission mit aller Strenge darauf bedacht ist, den Mitgliedstaaten bei der Zuschussung öffentlicher Dienstleistungen auf die Finger zu schauen. Vor allem könnte es für die Mitgliedstaaten mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden sein, um in jedem erdenklichen Einzelfall dem Kontroll-

²⁵ Europäische Kommission, Entscheidung 2005/842/EG über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI L 312, 29.11.2005, S 67 312/67.

²⁶ Europäische Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI C 297, 29.11.2005, S 4.

²⁷ Richtlinie 2005/81/EG zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI L 312, 29.11.2005, S 47.

bedürfnis der Kommission zu entsprechen. Das betrifft letztlich Abwicklungsfragen, reichend von der Subventionierung eines kommunalen Schwimmbades bis hin zur Wohnbaufinanzierung.

Allerdings ist eines nicht zu vergessen: Es bietet sich für die Verwaltungen der Mitgliedstaaten ein probater Ausweg an. Wird nämlich bei den Subventionen darauf geachtet, dass sie den vier „Altmark-Kriterien“ entsprechen, sind die beteiligten Kreise alle Sorgen mit dem „Monti-Paket“ los. Denn in diesem Fall würde ja gar keine Beihilfe vorliegen, und die EU-Kommission hätte überhaupt nichts mitzureden.

Hätte der Gerichtshof in der Rechtssache Altmark-Trans indessen anders entschieden und praktisch jeden Zuschuss an öffentliche Dienstleister zur Beihilfe erklärt, so würde das „Monti-Paket“ nun wie ein Komet einschlagen.

Schlussbemerkung

Sowohl in vergaberechtlicher wie auch in Beihilferechtlicher Hinsicht sind die jüngsten Entwicklungen allenfalls geringfügig dazu angetan, den öffentlichen Gebietskörperschaften jenes Maß an Rechtssicherheit zu vermitteln, das ihnen für die friktionsfreie Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zuzugestehen wäre. Vor allem Gemeinden als wesentliche Trägerinnen der öffentlichen Dienstleistungen sind hierbei ge- bis überfordert. Ohne Konsultation von AnwältInnen, SteuerberaterInnen oder BilanzbuchhalterInnen funktioniert kaum noch ein Vorhaben. Und selbst die beste Beratung kann vor dem Hintergrund der letztlich maßgeblichen Judikatur des Gerichtshofs konterkariert werden.

Ein Ausblick in die Zukunft lässt zudem weitere Verschärfungen erwarten. In diesem Zusammenhang ist vor allem auf die geplante Dienstleistungsrichtlinie zu verweisen. Sowohl im ursprünglichen Vorschlag der Kommission²⁸ als auch nach der Ersten Lesung im Europäischen Parlament²⁹ sieht die Richtlinie in ihrem Artikel 12 transparente Vergabeverfahren zur Dienstleistungserbringung in zwei Fällen vor, nämlich wenn die Anzahl der erteilbaren Genehmigungen entweder auf Grund der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten begrenzt ist.

Dies weist ebenso in die Richtung der weiteren Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen wie die zuletzt von der Kommission angekündigten gesetzgeberischen Initiativen im Bereich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

2.1.4 EU-Verschmelzungsrichtlinie verabschiedet

Bis 2007 ist die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von den Mitgliedstaaten umzusetzen. Die Richtlinie ermöglicht jenen Kapitalgesellschaften, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen, innerhalb der EU zu fusionieren. Diese grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften kann durch Aufnahme, Neugründung oder durch Konzernverschmelzung erfolgen. Da die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften von der nationalen Gesetzgebung jenes Staates bestimmt sind, in den verschmolzen wird, befürchtet die Arbeiterkammer ein race to the bottom.

Die Richtlinie schreibt einen offen gelegten Verschmelzungsplan mit Mindestinhalt vor. Bezüglich der ArbeitnehmerInnen-Mitbestimmung gilt das Sitzstaatprinzip. Unter bestimmten Voraussetzungen muss die Mitbestimmung neu geregelt werden, entweder durch eine Verhandlungslösung oder dadurch, dass das höchste Mitbestimmungsniveau für das fusionierte Unternehmen zur Anwendung kommt.

Helmut Gahleitner

Nach der Schaffung von Europäischer Aktiengesellschaft und Europäischer Genossenschaft stellt die am 26. Oktober 2005 beschlossene Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung einen weiteren Schritt

²⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endg.

²⁹ abzurufen unter <http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0061+0+DOC+XML+V0//DE&L=DE&LEVEL=0&NAV=S&LSTDOC=Y&LSTDOC=N>.

der europäischen Integration im Bereich des Gesellschaftsrechts dar³⁰. Die Richtlinie ermöglicht Kapitalgesellschaften innerhalb der Europäischen Union miteinander zu fusionieren, was bislang nur schwer bis gar nicht möglich war. Besonders die Regelung über die Mitbestimmung war bis zuletzt umstritten. Umzusetzen ist die Richtlinie von den Mitgliedstaaten bis längstens Dezember 2007.

Zielsetzung und Anwendungsbereich

Durch die Globalisierung und die fortschreitende Integration Europas steigt die Zahl der Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig sind, ständig an. Die Verschmelzungsrichtlinie ist - so wie die Europäische Aktiengesellschaft - eine Reaktion auf die zunehmende Internationalisierung der Wirtschaft. Ziel der Richtlinie ist es, die Fusion von in verschiedenen EU-Ländern tätigen Unternehmen zu erleichtern und damit grenzüberschreitende Umstrukturierungen und Reorganisationen zu fördern.

Das Vorhaben für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten besteht schon seit langem. Bereits 1984 wurde ein erster Entwurf vorgelegt, der im Jahr 2001 von der Kommission mangels einer sachgerechten Lösung für den Bereich der Mitbestimmung zurückgezogen wurde. Nachdem im Rahmen der Verhandlungen zur Europäischen Aktiengesellschaft ein Konsens hinsichtlich der ArbeitnehmerInnenmitbestimmung gefunden wurde, hat die Kommission sehr rasch einen neuen Entwurf für eine grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie vorgelegt, der in nur einer Lesung von Europäischem Parlament und Rat angenommen wurde³¹.

Die Verschmelzungsrichtlinie erfordert die Zwischenstaatlichkeit. Danach müssen die an der Verschmelzung beteiligten Kapitalgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung kann durch Aufnahme, durch Neugründung oder durch eine Konzernverschmelzung erfolgen³². Im Gegensatz zur Europäischen Aktiengesellschaft, die auf der Grundlage europäischen Rechts vollzogen wird³³, gelten bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Wesentlichen die selben Vorschriften, die in den Mitgliedstaaten für Verschmelzungen nach nationalem Recht anzuwenden sind. Das bedeutet, dass sich die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des fusionierten Unternehmens nach der jeweils nationalen Gesetzgebung richten.

Gegenüber dem ersten Vorschlag aus dem Jahr 1984, der den Anwendungsbereich auf Aktiengesellschaften beschränkte, erstreckt sich der Anwendungsbereich der verabschiedeten Verschmelzungsrichtlinie nun auf alle Kapitalgesellschaften. Für GmbHs und die übrigen Kapitalgesellschaften fehlen Mindestvorschriften in Bezug auf Mindestkapital, Kapitalerhaltungs- und Gläubigerschutzvorschriften sowie Informationsvorschriften, da sich die zweite Richtlinie (Kapitalerhaltungsrichtlinie) und die dritte Richtlinie (Fusionsrichtlinie) nur auf Aktiengesellschaften beziehen. Dies betrifft etwa Fragen der Bewertung und Einbringung von Sacheinlagen, Mindeststandards bezüglich Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen oder die Verhinderung der Ausschüttung „nicht geschuldeter Gewinne“ an die Gesellschafter. Bei Nichtharmonisierung dieser wichtigen gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen ist zu befürchten, dass eine gesellschaftsrechtliche Entwicklung in Richtung *race to the bottom* verstärkt einsetzen und die Richtung der Verschmelzung (ob in ein Land hinein- oder aus einem Land hinausverschmolzen wird) unter anderem von der „Attraktivität“ des jeweiligen Gesellschaftsrechts der beteiligten Länder bestimmt wird.

³⁰ Richtlinie 2005/56 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie.

³¹ Die Mitbestimmungsfrage in der Europäischen Aktiengesellschaft wurde in der Richtlinie 2001/86/EG vom 8.10.2001 über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft geregelt (SE-Richtlinie).

³² Verschmelzung durch Aufnahme: Eine oder mehrere Gesellschaften übertragen ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft („übernehmende Gesellschaft“) gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Neugründung: Zwei oder mehrere Gesellschaften übertragen ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine von ihnen neu gegründete Gesellschaft („neue Gesellschaft“) gegen Gewährung von Aktien der neuen Gesellschaft. Konzernverschmelzung: Eine 100 %ige Tochtergesellschaft wird auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen.

³³ Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Nr 2157/2001

Wesentliche Regelungen

Neben den Voraussetzungen und Formen für grenzüberschreitende Verschmelzungen regelt die Rahmenrichtlinie insbesondere die Angaben, die im Verschmelzungsplan enthalten sein müssen, die Offenlegung des Verschmelzungsplans, den Inhalt des Berichts des Vorstandes, die Prüfung der Verschmelzung durch einen unabhängigen Sachverständigen sowie die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die einzelstaatlichen Behörden.

Nach Art 5 der Richtlinie muss der Verschmelzungsplan für alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften gleich lauten, wobei ein Mindestinhalt vorgeschrieben wird (dazu gehören: Rechtsform, Firma und Sitz, sowohl für die sich verschmelzenden Gesellschaften als auch für die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft, Umtauschverhältnis, Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung, Angaben über etwaige Sonderrechte für Aktionäre, Gesellschafter, Organe oder Sachverständige, Satzung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft). Die Offenlegung des Verschmelzungsplans sowie des Berichts des Sachverständigen muss spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, auf der über die Verschmelzung zu beschließen ist, erfolgen und dient vor allem dem Gläubiger- und Gesellschafterschutz.

Um die Sachverständigenkosten im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu begrenzen, kann unter Beiziehung eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde ein gemeinsamer Sachverständiger bestellt werden. Dieser erstellt dann einen einzigen Bericht für alle beteiligten Gesellschaften. Aus ArbeitnehmerInnensicht sind neben den Ausführungen zur Mitbestimmung (siehe unten) vor allem die Berichte der Vorstände der beteiligten Gesellschaften von Interesse. Nach Art 7 der Richtlinie hat das Leitungs- oder Verwaltungsorgan (in Österreich der Vorstand) jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften einen Bericht zu erstellen, „in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Verschmelzung erläutert und begründet sowie die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gesellschafter, die Gläubiger und die ArbeitnehmerInnen erläutert werden“. Dieser Bericht ist dem Betriebsrat spätestens einen Monat vor der entsprechenden Gesellschafterversammlung zu übermitteln. Eine allfällige Stellungnahme des Betriebsrats ist dem Bericht des Vorstands beizufügen und nach den jeweils nationalen Vorschriften zu veröffentlichen.

Mitbestimmung

Grundsätzlich hält Art 16 der Verschmelzungsrichtlinie fest, dass für die ArbeitnehmerInnenmitbestimmung im Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat das Recht jenes Staates zur Anwendung kommt, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat (Sitzstaatsprinzip). Die Mitbestimmung muss aber – analog zur Richtlinie betreffend die Beteiligung der ArbeitnehmerInnen in der Europäischen AG – nur geregelt werden, wenn folgende Umstände vorliegen:

- Die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft (Sitzstaat) hat nicht den gleichen Umfang an Mitbestimmung wie in den jeweiligen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften;
- Das innerstaatliche Recht sieht nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten durch die ArbeitnehmerInnen der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft vor (keine transnationalen Mitbestimmungsregeln).

Bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen für die Neuregelung der Mitbestimmung wird – so wie bei der Europäischen AG – zwischen ArbeitnehmerInnenvertretung (Besonderes Verhandlungsgremium) und Management das Ausmaß der Mitbestimmung im Verhandlungsweg bestimmt. Im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen sehen die so genannten Auffangregelungen vor, dass das höchste Mitbestimmungsniveau für das fusionierte Unternehmen zur Anwendung kommt. Gegenüber der Mitbestimmungsregelung in der Europäischen Aktiengesellschaft gibt es bei der Unternehmensmitbestimmung im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung jedoch zwei Verschlechterungen aus ArbeitnehmerInnensicht. Erstens gilt die erwähnte Auffangregelung (höchstes Mitbestimmungsniveau) nur dann, wenn zumindest 33% der Arbeit-

nehmerInnen des fusionierten Unternehmens dieses Mitbestimmungsniveau hatten. Bei der Europäischen AG liegt diese Schwelle nur bei 25%. Weiters wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, die ArbeitnehmerInnenmitbestimmung im Verwaltungsrat (Board- oder monistisches System) auf ein Drittel der Mitglieder zu beschränken³⁴. Abweichend von den Regelungen zur Europäischen Aktiengesellschaft können Unternehmen bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung das Verhandlungsverfahren überhaupt weglassen und sich direkt für die Anwendung der Auffangregelung entscheiden. Für eine solche Vorgangsweise könnten Effizienz- und Zeitersparnisgründe sprechen. Das Besondere Verhandlungsgremium der ArbeitnehmerInnen wiederum hat die Möglichkeit, mit einer qualifizierten Mehrheit von 66% der vertretenen ArbeitnehmerInnen die Anwendung der Mitbestimmungsregeln des Sitzstaates zu beschließen. In diesem Fall kommt es zu keinem Verhandlungsverfahren³⁵.

Resümee

Der bereits bestehende Wettbewerb der Rechtsordnungen wird durch die Verschmelzungsrichtlinie jedenfalls beschleunigt. Die Gefahr einer Nivellierung des Gesellschaftsrechts nach unten ist groß und muss im Interesse aller WirtschaftsteilnehmerInnen verhindert werden. Die Leistungsfähigkeit eines Rechtssystems wird auch daran gemessen, inwieweit es die WirtschaftsteilnehmerInnen vor Missbrauch schützen kann. Das österreichische Gesellschaftsrecht zeichnet sich durch klare rechtliche Strukturen aus, die Rechtssicherheit und einen hohen Gläubigerschutzstandard enthalten. Auch die Mitbestimmung hat sich sowohl aus demokratiepolitischer als auch aus ökonomischer Sicht bewährt (so hat Österreich zB europaweit die wenigsten Streiktage). Im Wettbewerb der Rechtssysteme gilt es, auf diese Stärken offensiv hinzuweisen.

2.1.5 Strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums³⁶

Die Europäische Kommission hat einen Vorschlag zur Harmonisierung von Strafvorschriften im Bereich geistigen Eigentums vorgelegt. Es wurden ein Richtlinienentwurf mit der Verpflichtung zur Sanktionierung jeder vorsätzlichen, gewerblichen Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums und ein Rahmenbeschluss mit dem Ausmaß der strafrechtlichen Sanktionen vorgelegt. Das Höchstmaß für Freiheitsstrafen beträgt vier Jahre, für Geldstrafen 100.000 Euro bzw 300.000 Euro. Die Mitgliedstaaten können höhere Strafen und strengere Regelungen festlegen.

Kritisch sieht die Arbeiterkammer das Instrument des Rahmenbeschlusses, vor allem angesichts der EuGH-Rechtssprechung, die Rechtsunsicherheit aufgrund undefinierter Begriffe und die mangelnde Verhältnismäßigkeit. Außerdem sollte eine Evaluierung der bestehenden Rechtsdurchsetzungsrichtlinie stattfinden.

Sonja Auer-Parzer

Einleitung

Am 12. Juli 2005 hat die Generaldirektion Justiz und Inneres in der Europäischen Kommission einen Vorschlag zur Harmonisierung von Strafvorschriften im Bereich des geistigen Eigentums vorgelegt. Die EU-Kommission unternimmt damit einen neuerlichen Anlauf zu einer gemeinschaftsweiten Regelung von Strafvorschriften in diesem Bereich. Bereits in der Richtlinie zur „Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“³⁷ plante die Kommission, jede vorsätzliche und zu gewerblichen Zwecken gesetzte Verletzung eines Rechtes des geistigen Eigentums zu sanktionieren³⁸. Dieser Vorschlag konnte jedoch nicht durchgesetzt werden.

³⁴ In Deutschland ist bei großen Kapitalgesellschaften eine paritätische Mitbestimmung gesetzlich vorgesehen. Hat die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft eine monistische Organisationsstruktur, so ist bei Inanspruchnahme der Drittelbestimmung eine paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat - unabhängig von der Beschäftigtenzahl - nicht möglich.

³⁵ eingehender dazu Roepke, Oliver: Zur Arbeitnehmer-Mitbestimmung in der neuen EU-Verschmelzungsrichtlinie. In: Das Recht der Arbeit 1/2006, Seite 68ff.

³⁶ KOM (2005) 276 endgültig.

³⁷ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABI EG 2.6.2004 L 195, 16 ff; in der Folge Rechtsdurchsetzungsrichtlinie abgekürzt. Diese Richtlinie sieht Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die der Durchsetzung der Rechte aus dem geistigen Eigentum im zivilrechtlichen Verfahren dienen.

³⁸ Art 20 des Kommissionsvorschlages KOM (2003) 46 endgültig vom 30.1.2003.

Die vorliegenden Regelungen sollen nun die Vorschriften der Rechtsdurchsetzungsrichtlinie ergänzen und dabei gemeinschaftliche Vorgaben für die strafrechtliche Ahndung von Rechtsverletzungen vorsehen. Die Kommission hat dazu einerseits das Instrument einer Richtlinie, die grundsätzlich vorschreibt, dass jede vorsätzliche Verletzung eines Rechtes des geistigen Eigentums, die im gewerblichen Umfang begangen wird, strafrechtlich zu ahnden ist, gewählt. Andererseits wurden weitere ergänzende Vorschriften (zB über die Höhe der vorgesehenen Haft- und Geldstrafen) in Form eines Rahmenbeschlusses vorgelegt.

Inhalt der Kommissionsvorschläge

Der Richtlinienentwurf

Der Richtlinienvorschlag legt den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, jede vorsätzliche Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums zu sanktionieren, wenn die Verletzung im gewerblichen Umfang begangen wurde. Der Anwendungsbereich ist breit: Die Richtlinie gilt für sämtliche Verletzungen von Rechten aus dem geistigen Eigentum und umfasst sowohl nationale Bestimmungen zum geistigen Eigentum (zB Regelungen aus dem österreichischen Patentgesetz) als auch gemeinschaftsrechtliche Regelungen (zB Verletzung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters). Neben Urheberrechten und verwandten Schutzrechten werden auch Patente, Ansprüche auf Datenbanken, Halbleitertopographien, Markenrechte, Geschmacks- und Gebrauchsmusterrechte, geographische Herkunftsbezeichnungen, Handelsnamen und eingetragene Schutzrechte an Pflanzensorten erfasst³⁹. Auch Handlungen, wie Versuch, Beihilfe und Anstiftung, sollen strafbar sein. Zusätzlich steht es den Staaten frei, einzelne strengere Regelungen festzulegen, die Richtlinie gibt also nur einen Mindeststandard vor⁴⁰.

Als Sanktionen werden neben Freiheitsstrafen auch Geldstrafen, die sowohl gegen natürliche als auch gegen juristische Personen verhängt werden können, festgelegt. Damit verbunden ist auch die Einziehung des Tatgegenstandes, des Tatwerkzeuges, der Erträge aus den Straftaten oder von Vermögensgegenständen, die im Wert diesen Erträgen entsprechen. Daneben können „in geeigneten Fällen“⁴¹ Sanktionen, wie die Vernichtung der schutzrechtsverletzenden Gegenstände, die Betriebsschließung, die Gewerbeuntersagung, die richterliche Aufsicht, die Auflösung des Unternehmens, der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen und Beihilfen sowie die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen vorgesehen werden.

Der Rahmenbeschluss

Als eine die Richtlinie ergänzende Maßnahme wurde von der Kommission ein Rahmenbeschluss vorgelegt, in dem auch die Höhe der strafrechtlichen Sanktionen vorgeschrieben wird. Straftaten müssen mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von vier Jahren festgelegt werden, zumindest wenn die Straftat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen wurde oder mit der Straftat eine Gefährdung der Gesundheit oder Sicherheit von Personen verbunden ist. Im Falle von Rechtsverletzungen durch natürliche und juristische Personen werden Geldstrafen im Höchstmaß von 100.000 Euro für alle Fälle („besonders schwere Fälle“ sind dabei ausgenommen), für Fälle im Rahmen einer kriminellen Vereinigung oder bei Gefährdung von Gesundheit oder Sicherheit im Höchstmaß von 300.000 Euro vorgeschrieben. Dem Staat steht es jedoch frei, höhere Strafen zu verhängen.

Zur Erleichterung der Zusammenarbeit und Vermeidung von Kompetenzkonflikten wird eine Absprache zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten darüber vorgesehen, in welchem der Mitgliedstaaten die Verfolgung konzentriert wird. Um strafrechtliche Ermittlungen gegen Schutzverletzungen zu erleichtern, müssen Mitgliedstaaten den RechteinhaberInnen, ihren VertreterInnen und Sachverständigen die Möglichkeit geben, bei den durchgeführten Ermittlungen mitzuwirken⁴². Verstöße gegen die Rechte aus dem geistigen Eigentum stellen nach österreichischem Recht Privatanklagedelikte dar. Der Rahmenbeschluss wählt den Grundsatz

³⁹ Die Kommission verweist hinsichtlich des Geltungsbereiches auf die Erklärung 2005/295/EG zu Artikel 2 der Rechtsdurchsetzungsrichtlinie, ABI EG 13.4.2005, L 94, 37.

⁴⁰ Spezielle Haftungsregelungen für Anbieter von Internet-Diensten bleiben unberührt, siehe Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags.

⁴¹ Es fehlen in der Richtlinie allerdings nähere Parameter, wann ein solcher Fall vorliegt.

⁴² Dabei bleibt unbestimmt, wie diese Mitwirkungsbefugnis ausgestaltet sein soll.

des Officialmaxims, dh Verletzungen sind jedenfalls von der zuständigen Behörde aufzugreifen und ihre Verfolgung nicht von einer Anzeige des Verletzten abhängig.

Beurteilung der Kommissionsvorschläge durch die Arbeiterkammer

Die Kommission hat ein zweigleisiges Verfahren gewählt, indem sie die Normen einerseits auf eine Richtlinie, andererseits auf einen Rahmenbeschluss – für den die Mitwirkungsrechte des europäischen Parlaments sehr eingeschränkt sind – aufteilt.

Hinsichtlich des Rahmenbeschlusses stellt sich jedoch im Lichte der EuGH-Rechtsprechung⁴³ die Frage, inwieweit dieser tatsächlich das korrekte Regelungsinstrument darstellt. So erklärte der Gerichtshof den Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates vom 27. Jänner 2003 über den Schutz der Umwelt für nichtig, weil er außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens erlassen wurde. Dieser Beschluss stellte besonders umweltschädliche Verhaltensweisen unter Strafe. Es ist zu erwarten⁴⁴, dass die Kommission die rechtliche Grundlage des Vorhabens überdenken und uU noch einmal neu festlegen wird.

Der Richtlinienentwurf geht über die zwingend vorgegebenen Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens (Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums) hinaus. Er legt weiters nur Mindeststandards fest, sodass es dem nationalen Gesetzgeber freisteht, wesentlich strengere Bestimmungen vorzugeben.

Die österreichischen Materiengesetze zum geistigen Eigentum enthalten unter bestimmten Bedingungen ebenfalls strafrechtliche Sanktionen bei Verletzung geistiger Eigentumsrechte, die Kommissionsvorschläge gehen jedoch in ihren Bestimmungen weiter als das österreichische Recht⁴⁵. Sie werfen aber in bestimmten Punkten auch Fragen hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem österreichischen System auf⁴⁶.

Als Hintergrund für die Notwendigkeit der Regelungen nennt die Kommission ua das starke Ansteigen der Produktpiraterie und Nachahmung. Strafrechtliche Sanktionen würden dabei ein Mittel zur Durchsetzung der Rechte aus dem geistigen Eigentum darstellen.

Aus folgenden Gesichtspunkten sind die Kommissionsvorschläge jedoch sehr kritisch zu betrachten:

Rechtsunsicherheit

In beiden Regelungsvorschlägen finden sich weite, undefinierte Begriffe. Sie führen zu Unklarheiten und schaffen Rechtsunsicherheit. So verpflichtet beispielsweise der Richtlinienentwurf die Mitgliedstaaten, jede „vorsätzliche, im gewerblichen Umfang begangene Rechtsverletzung“ zu sanktionieren. Den Tatbestandsvoraussetzungen „im gewerblichen Umfang“ und „vorsätzlich“ kommt deshalb besondere Bedeutung zu. Sie werden jedoch nicht näher definiert. Verwiesen wird von der Kommission im Bezug auf den Begriff „im gewerblichen Umfang“ nur auf die betreffenden Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens⁴⁷. Die Mitgliedstaaten könnten somit diesem Begriff unterschiedliche Bedeutung zumessen. Letztendlich würde jedoch der EuGH über ihre Auslegung entscheiden müssen. Aber auch eine Definition von „vorsätzlichem Handeln“ wäre in der Richtlinie unabdingbar. So können die Grenzen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit mitunter fließend sein. Das Abwarten auf eine klärende Rechtssprechung durch den EuGH hinsichtlich undefinierter, aber wesentlicher Tatbestandsmerkmale wäre mit einer für die Rechtsunterworfenen unzumutbaren Rechtsunsicherheit verbunden.

⁴³ C-176/03 vom 13. September 2005.

⁴⁴ Stand Jänner 2006.

⁴⁵ So übersteigt zB der im Rahmenbeschluss vorgesehene Strafrahmen für Freiheitsstrafen von vier Jahren den im österreichischen Recht bestehenden Rahmen von zwei Jahren.

⁴⁶ Beispielsweise gibt der Rahmenbeschluss betragsmäßige Höchststrafen an, ohne auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abzustellen, vgl § 19 Strafrechtsgesetzbuch.

⁴⁷ vgl Art 61 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums

Fehlende Verhältnismäßigkeit

Die Bundesarbeitskammer anerkennt prinzipiell die wesentliche Bedeutung des rechtlichen Schutzes für geistiges Eigentum. Bei der Festsetzung von Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte aus dem geistigen Eigentum sind jedoch die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Ausgewogenheit zu wahren. Anzustreben ist eine Balance zwischen den Interessen der RechteinhaberInnen aus geistigem Eigentum, denen mit dem jeweiligen Recht eine Ausschließlichkeitsstellung verliehen wird, und betroffenen Gruppen, wie KonsumentInnen, ArbeitnehmerInnen sowie dem öffentlichen Interesse an Informationszugang, Wissenschaft und Innovation.

Unverhältnismäßigkeit lässt sich insbesondere im Hinblick auf den Regelungsumfang des Richtlinienvorschlags feststellen. Der Tatbestand „gewerblicher Umfang von Rechtsverletzungen“ ist unbestimmt und geht jedenfalls über die Piraterie hinaus. Wann die Schwelle zu einem gewerblichen Umfang überschritten wird, bleibt unklar. Handlungen, die uU auch Aktivitäten von KonsumentInnen erfassen, werden somit auf dieselbe Stufe gestellt wie organisiertes Verbrechen.

Art 3 des Richtlinienvorschlags schreibt vor, jede vorsätzliche Verletzung (im gewerblichen Umfang) zu verfolgen. Damit umfasst sind auch der Versuch, die Anstiftung oder die Beihilfe. Ausnahmeregelungen, wie sie zB das österreichische Recht im Hinblick auf die Stellung von ArbeitnehmerInnen berücksichtigt⁴⁸, finden im Vorschlag keine Berücksichtigung. Als Sanktion wird zB auch die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft vorgeschrieben. In diesem Zusammenhang gilt zu bedenken, dass mit einer derartigen Sanktion auch uU in die Rechte Dritter (ArbeitnehmerInnen, AktionärInnen, LieferantInnen) eingegriffen würde.

Evaluierung möglicher negativer Auswirkungen der Rechtsdurchsetzungsrichtlinie

Im Zusammenhang mit der Festlegung von strafrechtlichen Maßnahmen sollte jedoch auch nicht die Tatsache übersehen werden, dass bereits die Rechtsdurchsetzungsrichtlinie vorliegt, welche Maßnahmen vorsieht, die eine effektive Durchsetzung der Rechte aus dem geistigen Eigentum garantieren sollen. Diese Richtlinie ist von den einzelnen Mitgliedstaaten erst bis April 2006 umzusetzen. Sie lädt aufgrund weiter und unklarer Bestimmungen zu unterschiedlichen Interpretationen ein – dies auch im Hinblick auf den Adressatenkreis und ist daher sehr umstritten. Mögliche negative Auswirkungen dieser Richtlinie sollten vor Einführung neuer, strengerer Maßnahmen, die in einer strafrechtlichen Verfolgung liegen, geprüft werden.

2.1.6 Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen⁴⁹

Die Europäische Kommission hat einen Follow-up-Bericht zu den Freiberuflichen Dienstleistungen veröffentlicht, in dem die Fortschritte in den Mitgliedstaaten behandelt werden. Dänemark, die Niederlande und das Vereinigte Königreich verzeichneten die meisten Fortschritte. In neun Mitgliedstaaten wird über analytische Arbeiten und in sechs (ua Österreich) über kleinere Reformen berichtet. In sieben Ländern kommt der Prozess nur langsam in Gang. Österreich befindet sich unter den drei Ländern mit der höchsten Regulierungsdichte.

Ulrike Ginner

Die EU-Kommission hat am 5. September 2005 einen *Follow-up*-Bericht zu den Freiberuflichen Dienstleistungen auf ihrer Homepage veröffentlicht.⁵⁰ Diesem Dokument sind, wie bereits in früheren Wettbewerbsberichten der AK⁵¹ dargestellt, die Veröffentlichung einer umfangreichen Studie des Instituts für Höhere Studien (IHS) sowie ein darauffolgender europäischer Konsultationsprozess vorangegangen.

⁴⁸ So legen zB § 159 Patentgesetz, § 60 Markenschutzgesetz, § 35 Musterschutzgesetz, § 42 Gebrauchsmusterschutzgesetz fest, dass die österreichischen strafrechtlichen Bestimmungen auf „Bedienstete oder Beauftragte, die die Handlung im Auftrag des Dienstgebers vorgenommen haben, keine Anwendung finden, sofern ihnen wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht zugemutet werden kann, die Handlung abzulehnen“.

⁴⁹ Follow-up zum Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM(2004) 83 vom 9. Februar 2004. siehe auch in diesem Band 2.2.6 Ginner; Herzele, Freie Berufe

⁵⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/sec200564_de.pdf

⁵¹ Fusionen und Übernahmen Teil 2 Wettbewerbsbericht der AK Wien 2002, S 40 ff und Märkte – Wettbewerb – Regulierung Wettbewerbsbericht der AK 2004 Teil 1, S 98 f

In dem *Follow-Up*-Bericht wurde die Wichtigkeit freiberuflicher Dienstleistungen als Schlüsselsektor der europäischen Wirtschaft neuerlich betont. Die herkömmlichen restriktiven Regeln haben häufig wettbewerbsbeschränkende Wirkung und können den Wettbewerb zwischen Leistungserbringern ausschalten oder begrenzen und so die Anreize für FreiberuflerInnen mindern, kosteneffizient und kostengünstig zu arbeiten, die Servicequalität zu verbessern oder innovative Leistungen anzubieten. Dies ist für VerbraucherInnen und generell für Wirtschaft und Gesellschaft schlecht. Ein besseres und breiter gefächertes Angebot an freiberuflichen Dienstleistungen kann auch die Nachfrage steigern, was sich wiederum positiv auf die Schaffung von Arbeitsplätzen in diesem wichtigen Sektor auswirken kann, der in der Regel hochqualifizierte und hochbezahlte Beschäftigung bietet.

Im Bericht 2004 schlug die Kommission daher vor, die wettbewerbswidrigen Berufsvorschriften einer Verhältnismäßigkeitsüberprüfung zu unterziehen um herauszufinden, inwiefern die Regelungen tatsächlich dem öffentlichen Interesse dienen und objektiv gerechtfertigt sind. Adressaten waren nationale Regulierungsbehörden sowie berufsständische Einrichtungen.

Die Kommission anerkennt dabei Gründe, die für eine gewisse Reglementierung sprechen, nämlich die Asymmetrie der Information zwischen KlientInnen und DienstleisterInnen, externe Effekte (die Erbringung einer Dienstleistung kann auch (negative) Auswirkungen auf Dritte haben zB fehlerhafte Buchhaltung) und schließlich der Umstand, dass bestimmte freiberufliche Dienstleistungen als „öffentliches Gut“ gelten. Freilich kann man nicht alle freiberuflichen Dienstleistungen über einen Kamm scheren, so dass eine differenzierte Wirtschaftsanalyse vorgenommen werden muss. Weiters ist nach den einzelnen NachfragerInnen (Unternehmen/öffentlicher Sektor – VerbraucherInnen – eventuell kleine Unternehmen) zu differenzieren. Während große Unternehmen und der öffentliche Sektor keinen bzw nur einen sehr begrenzten Regelungsschutz benötigen, ist bei kleinen Unternehmen die Sachlage noch unklar. KonsumentInnen brauchen nach Analysen der Kommission jedoch jedenfalls einen gewissen und gezielten Schutz.

Weiters konnte – ausgehend von einem Dialog mit den europäischen Berufsverbänden – festgestellt werden, dass sich die Reformakzeptanz in den einzelnen Mitgliedstaaten danach richtet, wie weit die Öffnung und Deregulierung des betreffenden Berufs vorangeschritten ist. Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden setzten Aktivitäten und berichteten über diesbezügliche Anstrengungen. Einige ungerechtfertigte Beschränkungen konnten bereits beseitigt werden, und mit staatlicher Unterstützung gebildete Ausschüsse beraten über einen weitergehenden Reformbedarf.

Der Bericht zeigt auch die Fortschritte in den einzelnen Mitgliedstaaten, wobei die meisten Fortschritte in Ländern erzielt werden konnten, die über eine wettbewerbsfreundliche Regulierungsform verfügen, wie Dänemark, die Niederlande und das Vereinigte Königreich. In diesen Ländern gibt es auch eine enge Partnerschaft zwischen Regierung und nationalen Wettbewerbsbehörden, welche vor einer tiefgreifenden Reform eines bestimmten Sektors eine eingehende Analyse durchgeführt hatten. Zunächst wurden die Reformen mit der Aufhebung wettbewerbsbeschränkender Festpreise sowie Werbebeschränkungen angegangen.

Insgesamt neun Mitgliedstaaten berichteten über laufende analytische Arbeiten, von denen die Kommission hofft, dass sie zu substanziellen Reformen führen werden. Sechs Mitgliedstaaten – darunter auch Österreich – berichteten über kleinere Reformen. In den anderen sieben Ländern kommt der Reformprozess nur langsam in Gang.

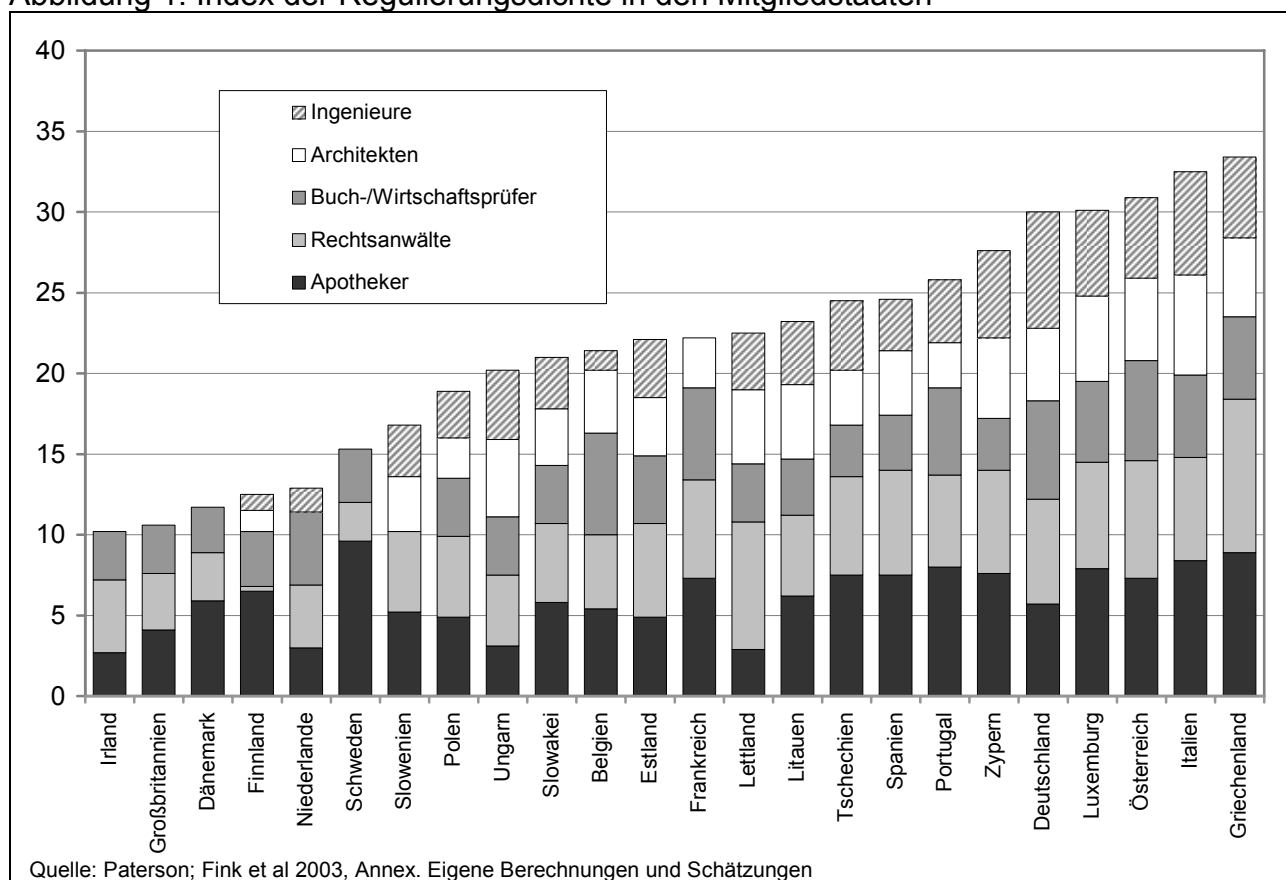
Auch wenn der Bericht kleinere Reformbestrebungen in Österreich anspricht, ist aus der Tabelle der Regulierungsdichte ersichtlich, dass Österreich noch immer unter den drei Ländern mit der höchsten Regulierungsdichte zu finden ist (neben Italien und Griechenland).

Abschließend weist die Kommission noch darauf hin, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden sowie die nationalen Gerichte nach der Modernisierung der Wettbewerbsregeln Art 81 EG-Vertrag⁵² in seiner Gesamtheit anwenden können. Auch Art 82 EG-Vertrag⁵³ kann unmittelbar angewandt werden. Verwiesen wird auch auf das CIF-Urteil des EuGH⁵⁴, wonach eine nationale Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist, ein nationales Gesetz unangewendet zu lassen, würde ein Verstoß gegen Art 81 Abs 1 dadurch vorgeschrieben oder erleichtert.

Die Kommission erwartet sich für den weiteren Reformprozess ein aktives Engagement der Mitgliedstaaten, da grundsätzlich überall noch Raum für Verbesserungen gesehen wird. Die Mitgliedstaaten sind aufgefordert, die „politische Verantwortung“ auf nationaler Ebene zu übernehmen, da sich die betroffenen Berufs-kreise selbst im Allgemeinen nicht aktiv für Reformen einsetzen.

Die Kommission weist darauf hin, dass sie auch gegen restriktives Verhalten eines Mitgliedstaates vorgehen kann. Rechtsgrundlage dazu kann Art 86 EG-Vertrag⁵⁵ sein.

Abbildung 1: Index der Regulierungsdichte in den Mitgliedstaaten



⁵² Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

⁵³ Marktmachtmisbrauch

⁵⁴ Rechtsache C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) 2003 Slg I-08055

⁵⁵ europarechtliche Bestimmungen für die öffentlichen Unternehmen bzw Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden

2.1.7 Stand der Dienstleistungsrichtlinie

Der Entwurf der Europäischen Kommission zur Dienstleistungsrichtlinie wurde durch das Europäische Parlament entschärft. Trotz dieses wichtigen Schrittes sind aus Sicht der Arbeiterkammer weitere Nachbesserungen notwendig.

Das Europäische Parlament hat im Februar 2006 einen Kompromiss, der von den beiden großen Fraktionen SPE und EVP erarbeitet wurde, angenommen. Dadurch wurde der Kommissionsvorschlag entschärft, das umstrittene Herkunftslandprinzip wurde gestrichen, das Arbeitsrecht, die sozialen Dienste und Gesundheitsdienstleistungen wurden ausgenommen. Das ist eine wichtige Verbesserung, die auch von der AK verlangt wurde.

Kritisch sieht die Arbeiterkammer aber den vorhandenen Auslegungsspielraum für den EuGH, vorhandene Defizite bei den Sanktionsbefugnissen, der Vollstreckung und der Auskunftspflicht der Behörden des Herkunftslandes.

Entschieden ist der Richtungsstreit um die Dienstleistungsrichtlinie also noch nicht, nun sind Kommission und Rat am Zug.

Alice Wagner

Am 16. Februar hat das Europäische Parlament (EP) im Plenum über die heiß diskutierte Dienstleistungsrichtlinie abgestimmt. Mit großer Mehrheit wurde der zwischen den großen Fraktionen SPE und EVP ausgehandelte Kompromiss bestätigt. Dieser entschärft den ursprünglichen Kommissionsvorschlag, das berüchtigte Herkunftslandprinzip wurde aus dem Text gestrichen. Das Arbeitsrecht, soziale und Gesundheitsdienstleistungen sind vollständig ausgenommen, öffentliche Dienstleistungen, wie Wasser oder Energie, aber nur teilweise. Nach wie vor unklar sind die Fragen der Sanktionierbarkeit, Rechtsdurchsetzung und Vollstreckung. Nach der Abstimmung im Parlament liegt der Ball nun beim Rat, die Kommission hat angekündigt, spätestens im April einen geänderten Vorschlag für die Richtlinie vorzulegen.

Ereignisse im Vorfeld der Abstimmung

Ausgangslage für das Votum des Plenums war die Abstimmung im federführenden Binnenmarktausschuss des EU-Parlaments. In dieser hatten die Abgeordneten zwar einige wesentliche Abänderungen zum Kommissionsdokument beschlossen, ein grundsätzlicher Kompromiss zwischen den großen Fraktionen konnte jedoch nicht gefunden werden.

Aus diesem Grund wurde vor der Abstimmung im Plenum eine zehnköpfige *High Level-Group* mit Mitgliedern der Europäischen SozialdemokratInnen und der Europäischen Volkspartei eingesetzt. Der *High Level-Group* wurde der Auftrag mitgegeben, einen interfraktionellen Kompromissvorschlag für die Abstimmung im Plenum zu erarbeiten, welcher nach mehrmaligen Verhandlungen hinter verschlossenen Türen letztendlich vorlag. Nicht gesichert war jedoch zu diesem Zeitpunkt, ob für den Kompromiss im Plenum tatsächlich eine Mehrheit vorhanden war, zumal dieser auf teilweisen Widerstand in beiden Fraktionen stieß. Vor allem Abgeordnete aus den neuen Mitgliedstaaten befürchteten, dass durch den vorgelegten Kompromiss die Zielsetzung der Dienstleistungsrichtlinie zu sehr „verwässert“ würde.

Ganz gegensätzlich dazu war die Meinung von 50.000 GewerkschafterInnen, die am 14. Februar dem Aufruf des Europäischen Gewerkschaftsbundes folgten und parallel zu den stattfindenden Beratungen über die Dienstleistungsrichtlinie im Parlamentsgebäude in Straßburg vor dessen Toren demonstrierten, um die ParlamentarierInnen noch einmal auf die erheblichen Bedenken der Gewerkschaftsbewegung hinzuweisen.

Die Plenarwoche stand ganz im Zeichen der Dienstleistungsrichtlinie: Denn zwei Tage nach Beratungen und Demonstration fand am 16. Februar die Abstimmung im Plenum statt. Bei diesem Votum wurde zunächst über eine Gesamtablehnung der Richtlinie abgestimmt. Von einigen Abgeordneten, darunter auch den österreichischen SozialdemokratInnen, war ein derartiger Antrag unterstützt worden. Er fand allerdings keine Mehrheit. Danach wurde über die Abänderungsanträge zu den einzelnen Artikeln votiert; in der Regel per Handzeichen, bei den politisch heiklen Themen, bei denen eine entsprechende Mehrheit nicht von vornher-

ein gesichert schien, wurde sogar namentlich abgestimmt. Bei der Schlussabstimmung über den geänderten Text konnte mit 394 JA-Stimmen (bei 215 Gegenstimmen und 33 Enthaltungen) – trotz geäußerter gegenteiliger Befürchtungen – ein doch sehr deutlich zustimmendes Votum zum Kompromiss erzielt werden.

Die wichtigsten Ergebnisse

Kernpunkt des beschlossenen Kompromisses ist die neue Bestimmung zum freien Dienstleistungsverkehr, die nun anstelle des Herkunftslandprinzips treten soll. Anstatt dass DienstleistungserbringerInnen lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterliegen sollen, spricht der neue Richtlinienentwurf nun schwammig davon, dass die Mitgliedstaaten für die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet Sorge tragen sollen. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit – so weiter im Text – gelten nur dann als zulässig, wenn sie diskriminierungsfrei, erforderlich und verhältnismäßig sowie aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, des Umweltschutzes und der Gesundheit gerechtfertigt sind. Bei jenen in der ursprünglichen Form des Kompromisses ebenfalls verankerten Schutzgütern „Verbraucherschutz“ und „Sozialpolitik“ wurde ein Fehlen der für die Abstimmung erforderlichen Mehrheiten vermutet. Diese wurden daher aus dem Kompromiss gestrichen und sind nicht Bestandteil des beschlossenen Richtlinienentwurfes.

Neben dieser allgemeinen Bestimmung zum freien Dienstleistungsverkehr listet die Dienstleistungsrichtlinie einige Auflagen auf, welche ausländischen DienstleisterInnen keinesfalls gemacht werden dürfen: darunter etwa eine Genehmigung zu beantragen, sich in ein Register einzutragen, einen besonderen Ausweis für die Ausübung der Tätigkeit ausstellen zu lassen, bestimmte Ausrüstungsgegenstände zu verwenden oder eine bestimmte Infrastruktur (Geschäftsräume, Kanzlei, Praxis) zu errichten.

Wie bereits zuvor der Binnenmarktausschuss votierte auch das Plenum für eine Ausnahmebestimmung für das gesamte Arbeitsrecht – eine der wesentlichsten Forderungen der ArbeitnehmerInnen. Im Richtlinienentwurf heißt es nun ausdrücklich, dass sich aus der Dienstleistungsrichtlinie keinerlei Auswirkungen auf die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die Kollektivvertragsverhandlungen, das Streikrecht und auf sonstige gewerkschaftliche Maßnahmen ergeben. Zusätzlich wurden weitere Ausnahmebestimmungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie geschaffen, etwa soll die Richtlinie nun nicht für Leiharbeitsunternehmen, Glücksspiele oder Sicherheitsdienstleistungen gelten.

Betreffend die Leistungen der Daseinsvorsorge fand der Abänderungsantrag, welcher die so genannten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ gesamtheitlich vom Anwendungsbereich ausnehmen sollte, bei der Abstimmung keine Mehrheit, jedoch wurden Ausnahmebestimmungen für Gesundheitsdienstleistungen und soziale Dienste verankert. Für den Status der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wurde insofern eine Verbesserung geschaffen, als diese nun von den Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr (vormals Herkunftslandprinzip, siehe oben) ausgenommen sind. Zusätzlich wird in einem Artikel festgehalten, dass die Richtlinie nicht die Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen sowie die Abschaffung von Monopolen betrifft, und dass den Mitgliedstaaten weiterhin – im Rahmen des gemeinschaftlichrechtlich zulässigen – die Entscheidungsmacht über Definition, Erbringung und Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge zukommt.

Erste Reaktionen

Sowohl von sozialdemokratischer, als auch von konservativer Seite wurde das Votum als Erfolg und starkes Zeichen gegenüber der Europäischen Kommission und dem Rat gewertet, wobei gerade der Kernpunkt des neuen Kompromisses zum freien Dienstleistungsverkehr erheblichen Spielraum für unterschiedliche Auslegungen schafft. So ging EU-Abgeordneter Othmar Karas davon aus, dass das Wort ‚Herkunftslandprinzip‘ im Text zwar nicht mehr vorkomme, das Recht des Herkunftslandes jedoch weiterhin ein wesentliches Element des europäischen Binnenmarktes und der Dienstleistungsrichtlinie bleibe, denn inhaltlich bleibe das Herkunftslandprinzip erhalten. Einige Minuten später auf der selben Pressekonferenz interpretierte EU-

Abgeordneter Hannes Swoboda den erzielten Kompromiss vollkommen anders und sprach von einem moderaten Ziellandprinzip, also einem Ziellandprinzip mit einigen Einschränkungen.

Dieser große Auslegungsspielraum, welcher vom Europäischen Gesetzgeber an den Europäischen Gerichtshof delegiert wird, ist auch der zentrale Punkt, welcher von Gewerkschaftsseite sowie von grünen und linken Abgeordneten als Kritik am Abstimmungsergebnis angeführt wurde. Die deutsche grüne Abgeordnete Heide Rühle kritisierte das Ergebnis vor allem wegen der ihm immanenten Intransparenz, von *Better Regulation* könne bei der Dienstleistungsrichtlinie nicht die Rede sein, sie Sorge für mehr Bürokratie als für weniger.

Kritik am Abstimmungsergebnis kam jedoch auch von anderer Seite, etwa von UNICE (Vereinigung der Industrie- und Arbeitgeberverbände in Europa) sowie von der österreichischen Industriellenvereinigung, deren Generalsekretär Beyrer im Fallenlassen des Herkunftslandprinzips eine verpasste Chance für klare unternehmerische Entscheidungen sieht. Kurz nach Zustandekommen des Kompromissvorschlages zwischen den Großparteien wurde bekannt, dass sich die zuständigen MinisterInnen von sechs EU-Staaten (Großbritannien, Niederlande, Polen, Ungarn, Tschechien und Spanien) in einem Schreiben an den zuständigen Binnenmarktkommissar McCreevy gewandt hatten, in welchem sie vor einer Verwässerung der Dienstleistungsrichtlinie und vor zu vielen sektoralen Ausnahmen gewarnt hatten. Dies bietet einigen Zündstoff für die nun nach der Abstimmung im EU-Parlament stattfindende Entscheidungsfindung im Rat, welche in der Erarbeitung des so genannten Gemeinsamen Standpunktes ihren vorläufigen Abschluss finden soll.

Tabelle 3: Wichtige Termine zur Dienstleistungsrichtlinie

Datum	Termin
9. März 2006	Treffen österr. Präsidentschaft mit Europ. Sozialpartnern
10. März 2006	Rat Beschäftigung und Soziales (Brüssel)
13. März 2006	Formeller Wettbewerbsrat
23./24. März 2006	Europäischer Rat mit Schwerpunkt Beschäftigung (Frühjahrgipfel)
21./22. April 2006	Informelles Treffen der Wettbewerbsminister (Graz)
Bis spätestens Ende April soll die EU Kommission einen geänderten Vorschlag zur DL-RL vorlegen.	

Auch kommissionsintern brodeln ein Richtungsstreit in puncto Dienstleistungsrichtlinie. Während Kommissionspräsident Barroso und der für die Richtlinie zuständige Binnenmarktkommissar McCreevy signalisiert haben, den für April erwarteten geänderten Kommissionsvorschlag eng an die vom Parlament vorgeschlagenen Änderungen anzulehnen, ließ Sozialkommissar Vladimir Spidla mit der Aussage aufhören die EU-Kommission werde die Entscheidung des Parlaments nicht einfach übernehmen.

Einschätzung aus Sicht der ArbeitnehmerInnen

Welche Bedeutung hat das Abstimmungsergebnis nun aus Sicht der ArbeitnehmerInnen und KonsumentInnen? Mit Sicherheit wurden – vor allem im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag – erhebliche Verbesserungen erzielt, allen voran die wichtige Ausnahmebestimmung für das Arbeitsrecht. Zumindest die allerschlimmste Befürchtung, dass inländische ArbeitnehmerInnen auf ausländische ArbeitgeberInnen umgemeldet werden, scheint dadurch gebannt. Warum dennoch kein Grund zum Jubeln besteht, lässt sich daraus erklären, dass nach wie vor für zahlreiche von der AK aufgezeigte Probleme in der Dienstleistungsrichtlinie keine Lösung gefunden wurde.

Zwar ist durch die Ausnahmebestimmung für das Arbeitsrecht und dem der Entsenderichtlinie eingeräumten Vorrang auf dem Papier festgestellt, dass auch nach Österreich entsandte ArbeitnehmerInnen den österreichischen Lohn erhalten müssen oder ihnen gegenüber die österreichischen Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten einzuhalten sind. Wiederholt hat die AK allerdings auf die vorhandenen Defizite bei den Sanktionsbefugnissen und der Vollstreckung hingewiesen.

Betreffend die Sanktionsbefugnisse sieht das Abstimmungsergebnis zwar die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung des Dienstleisters vor, die große Schwäche ist dabei allerdings: Eine solche Kautio kann nach der Dienstleistungsrichtlinie erst nach einem behördlich bereits festgestellten Verstoß verhängt werden. Notwendig wäre aber eine prophylaktische Sicherheitsleistung, um im Falle von Lohndumping wirklich darauf zugreifen zu können. Mangels geeigneter Rechtsakte zur grenzüberschreitenden Zustellung und Vollstreckung ist die Frage, wie österreichisches Recht gegenüber ausländischen Dienstleistern, die in Österreich tätig sind, tatsächlich durchgesetzt werden soll, weiterhin ungelöst. Eine Verpflichtung, in Verwaltungsrechtssachen ergangene Schriftstücke und Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten zuzustellen und zu vollstrecken, wurde in der Dienstleistungsrichtlinie nicht verankert.

Weiters aufrecht ist auch die Problematik von nach Österreich entsandten ArbeitnehmerInnen aus Drittstaaten. Zwar dürfen nach der Abstimmung im Plenum inländische Behörden grundsätzlich kontrollieren. Nach wie vor ist aber nicht geregelt, welche Urkunden Österreich verlangen darf. Eine Kooperationspflicht der Behörden des Herkunftslandes, um die Echtheit und Richtigkeit der Bewilligung festzustellen, besteht auch nicht. Und es ist nicht möglich, die Entsendung zu untersagen, wenn der Herkunftsstaat nicht kooperiert.

Abschließend stellt auch die neue Bestimmung zum freien Dienstleistungsverkehr keine für die ArbeitnehmerInnen und KonsumentInnen befriedigende und vorhersehbare Lösung dar. Mit diesem Ansatz verabschiedet sich der europäische Gesetzgeber davon, selbst Politik zu machen und überantwortet diese Aufgabe dem Gerichtshof, welcher weiterhin in jedem Einzelfall über die Zulässigkeit nationaler Vorschriften entscheiden soll. Zwar ist es richtig, dass nationale Vorschriften auf Grund der Vorgaben des EG-Vertrags und der ständigen Rechtsprechung auch heute bereits diskriminierungsfrei, erforderlich und verhältnismäßig zu sein haben. Weder die Notwendigkeit diese Kriterien der Rechtsprechung gesetzlich festzuschreiben noch deren Mehrwert konnten bislang schlüssig erklärt werden – und genauso wenig, warum durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannte Schutzgüter, wie „VerbraucherInnenschutz“ oder „Sozialpolitik“, nun als nicht mehr erforderlich erachtet werden.

2.2 Österreich

2.2.1 Bundesvergabegesetz

Seit 1. Februar 2006 gilt das neue Bundesvergabegesetz. Aus Sicht der Arbeiterkammer stehen vor allem qualitative Aspekte im Vordergrund: Die Umweltgerechtigkeit der Leistung als auch die sozialpolitischen Belange bei der Auftragsvergabe sind wichtige Punkte, ebenso wie der Vorrang des Bestbieterprinzips vor dem Billigstbieterprinzip. Weiters sollten nur beruflich zuverlässige Unternehmer zum Zug kommen.

Hinsichtlich der sozialpolitischen Belange kam es zu keiner Verbesserung des Gesetzes. Es wurde auch nicht die Anregung umgesetzt, dass rechtskräftige Entscheidungen über Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen an Einrichtungen wie den Auftragnehmerkataster übermittelt werden müssen.

Rudolf N. Reitzner

Mit 1. Februar 2006 trat das neue Bundesvergabegesetz (BverG 06) in Kraft, womit der vom europäischen Gesetzgeber vorgegebene Zeitrahmen zur Umsetzung des EU-Legislativpakets vom April 2004⁵⁶ eingehalten wird.

Gegenüber dem bislang geltenden BverG 2002, das noch mit 192 Paragraphen auskam, kam es nun zu einer Ausweitung auf 351 Paragraphen. Dies ist in erster Linie bedingt durch die Trennung der Bestimmungen

⁵⁶ überarbeitete Richtlinien für „klassische öffentliche Auftraggeber“ RL 2004/18/EG und „Sektorenauftraggeber“ RL 2004/17/EG, die ua neue Vergabeverfahren und Regelungen für die elektronische Beschaffung enthalten

für klassische öffentliche Auftraggeber einerseits und Sektorenauftraggeber andererseits⁵⁷. Damit wurde der Forderung nach einer klareren Struktur des Gesetzes nachgekommen, und auch die Lesbarkeit wurde durch eine Minimierung von Verweisen im Gesetzestext erhöht. Trotzdem bleibt das Bundesvergabegesetz eine sehr komplexe Materie – seine Anwendung wird von kleineren öffentlichen AuftraggeberInnen, aber auch den sich um öffentliche Aufträge bemühenden KMUs weiterhin Kopfzerbrechen bereiten. Einschlägig tätige RechtsexpertInnen müssen wohl nicht den Verlust von Arbeitsfeldern befürchten.

Das Gesetz ist in fünf Teile gegliedert, wobei der erste Teil den Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen enthält. Die weiteren Teile betreffen Vergabeverfahren für öffentliche AuftraggeberInnen, Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber, den Rechtsschutz, Regelungen zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zivilrechtliche- und Schlussbestimmungen.

In ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf vom Juli 2005 stellte die Arbeiterkammer qualitative Aspekte der öffentlichen Beschaffung in den Mittelpunkt ihrer Forderungen: Einerseits hinsichtlich der Qualität der zu beschaffenden Güter und Leistungen – demnach sollte auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung sowie auf sozialpolitische Belange bei der Auftragsvergabe jedenfalls Rücksicht genommen werden, sowie das Bestbieterprinzip generell Vorrang vor dem Billigstbieterprinzip haben. Andererseits hinsichtlich der Qualität der bei der Auftragsdurchführung zu berücksichtigenden UnternehmerInnen – im Sinne der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen hätten AuftraggeberInnen sicherzustellen, dass ausschließlich beruflich zuverlässige UnternehmerInnen zum Zug kommen können.

Gegenüber dem Gesetzesentwurf enthielt die Regierungsvorlage (RV) vom November 2005 aus Sicht der Arbeiterkammer bereits einige Verbesserungen, im Lauf der parlamentarischen Behandlung konnten weitere erreicht werden.

Im Folgenden werden unter den oben genannten Gesichtspunkten wesentliche Bestimmungen bzw. Neuerungen des Gesetzes skizziert.

- Die zwingende Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung für klassische öffentliche AuftraggeberInnen bleibt erhalten, die für SektorenauftraggeberInnen in der Regierungsvorlage vorgesehene Kann-Bestimmung wurde zurückgenommen und durch die Formulierung „Im Vergabeverfahren ist nach Möglichkeit auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen“ (§ 187 Abs 5) ersetzt. Damit wird der Grundsatz der Bedachtnahme auf ökologische Aspekte auch für den Sektorenbereich festgeschrieben.
- Hinsichtlich der von der Arbeiterkammer geforderten zwingenden Bestimmung bezüglich der Berücksichtigung sozialpolitischer Belange im Vergabeverfahren kam es zu keiner Verbesserung des Gesetzes. Die bislang bestehende Regelung – Kann-Bestimmung sowohl für klassische als auch für Sektorenauftraggeber – bleibt unverändert (§§ 19 Abs 6 und 187 Abs 6).
- Der Vorrang des Bestbieterprinzips gilt weiterhin im Oberschwellenbereich (§ 80), für den Unterschwellenbereich wurde die freie Wahl des Zuschlagprinzips festgelegt (§ 100).

Von den Bestimmungen, die die berufliche Zuverlässigkeit von Bietern betreffen, seien folgende erwähnt:

⁵⁷ Unter "klassischen öffentlichen Auftraggebern" versteht man gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie gemäß Z 2 Einrichtungen, die a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und b) zumindest teilrechtsfähig sind und c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind sowie gemäß Z 3 Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

Unter "Sektorenauftraggebern" bzw. Sektorentätigkeiten versteht man die in den §§ 167 bis 173 BVergG genannten Aktivitäten: Gas, Wärme und Elektrizität, Wasser, Verkehrsleistungen, Postdienste, Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen, Häfen und Flughäfen.

- Der/die AuftraggeberIn hat nun in der Bekanntmachung (der Vergabe von Leistungen) bzw im Aufruf zum Wettbewerb anzugeben, welche Nachweise ua für die Befugnis und die berufliche Zuverlässigkeit vorzulegen sind (§§ 46 Abs 3 und 207 Abs 3).
- Bei der Nennung der Ausschlussgründe wurde die bislang geltende Formulierung „... eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts, begangen [zu] haben ...“ wieder in den Text aufgenommen und durch „... oder Umweltrechts“ ergänzt (§§ 68 Abs 1 Z 5 und 229 Abs 1 Z 5).
- Die in der Regierungsvorlage vorgesehene Kann-Bestimmung zum Nachweis der Befugnis wurde in eine zwingende Bestimmung umgewandelt (Einleitung des § 71).
- Die in der Regierungsvorlage vorgesehene Kann-Bestimmung zum Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit wurde ebenfalls in eine zwingende Bestimmung umgewandelt: „Als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit ... hat der Auftraggeber von Unternehmern den Nachweis zu verlangen, dass kein Ausschlussgrund ... vorliegt.“ (§ 72 Abs 1). Allerdings bleibt die Kann-Bestimmung des § 70 Abs 1 unverändert bestehen, dh die Entscheidung, ob Nachweise für die Befugnis oder die Zuverlässigkeit erforderlich sind, trifft der/die AuftraggeberIn. Sofern er/sie Nachweise für erforderlich erachtet, hat er/sie die (in den §§ 71 und 72) genannten Nachweise zu verlangen. Welche dieser in den beiden Paragraphen genannten Nachweise verlangt werden, entscheidet der/die AuftraggeberIn.
- Die von der Arbeiterkammer kritisierte Möglichkeit, vom Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit im Unterschwellenbereich abzusehen, wurde nicht zurückgenommen (§ 78).
- Hinsichtlich der SubunternehmerInnenleistungen wurde die Bestimmung des § 70 Abs 1 des BVergG 2002, wonach der/die AuftragnehmerIn wesentliche Teile der Arbeiten, die in seine/ihre Befugnis fallen, selbst auszuführen hatte, unter Hinweis auf die zu beachtenden europarechtlichen Rahmenbedingungen gestrichen. Der neue § 83 (Subunternehmerleistungen) lautet nunmehr: „Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 besitzt.“ Weitgehend gleichlautend ist auch der für SektorenauftraggeberInnen geltende § 240 formuliert.
- Im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 103) hat der/die UnternehmerIn, sofern er/sie die Leistungsfähigkeit von SubunternehmerInnen benötigt, um seine/ihre eigene Leistungsfähigkeit nachzuweisen, die in Frage kommenden SubunternehmerInnen bekannt zu geben und die deren Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit betreffenden Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen (Abs 3).
- Hinsichtlich des Inhalts der Angebote wird festgelegt, dass jedes Angebot ua Folgendes enthalten muss (§ 108 Abs 1 Z 2): „Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, ...“ Weiters: „Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter ... im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt ... Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben ... Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.“ Weitgehend gleichlautend ist auch der für Sektorenauftraggeber geltende § 257 (Abs 1 Z 2) formuliert.
- Im Zusammenhang mit der Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen (§§ 84 Abs 1 und 241 Abs 1) wurde durch die Hinzufügung „allen“ unterstrichen, dass – so wie bislang – bei allen Auftragsstypen (Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge) die Verpflichtungen aus den Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu beachten sind.

Die skizzierten Bestimmungen zeigen, dass man dem von der Arbeiterkammer angestrebten Ziel einer möglichst lückenlosen Kontrolle der beruflichen Zuverlässigkeit von BieterInnen bzw UnternehmerInnen und SubunternehmerInnen um einiges näher gekommen ist.

Bedauerlicherweise wurde jedoch die Anregung der Arbeiterkammer nicht aufgegriffen, wonach künftig die Verwaltungsbehörden und die Gerichte rechtskräftige Entscheidungen (Bescheide und Urteile) über Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen an jene Einrichtungen zu übermitteln haben sollten, welche einschlägige Verzeichnisse führen (wie etwa der Auftragnehmerkataster Österreich). Diese Forderung hätte aus Sicht der AK die Informationslage der AuftraggeberInnen deutlich verbessert.

Ein wenig befriedigendes Resultat brachte die letztlich festgelegte Regelung zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungsaufträge (§ 141)⁵⁸. Wurde doch von der Arbeiterkammer aufgrund negativer Erfahrungen mit der einschlägigen Regelung des BVergG 2002 gefordert, dass die nicht prioritären Dienstleistungen – im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben – vom Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes weitestgehend ausgenommen werden sollten. Die neue Regelung sieht ua Folgendes vor:

- „Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmen, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs entspricht, zu vergeben.“ (Abs 2)
- Weiters ist die „Vergabe ... in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ... nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 40 000 Euro zulässig. Die Vergabe ... über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.“ (Abs 3)
- Weitgehend gleichlautend ist auch der für SektorauftraggeberInnen geltende § 280 formuliert. Hier ist jedoch die Direktvergabe bis zum Auftragswert von 60.000 Euro zulässig.

Zwar wird dem/der AuftraggeberIn dadurch ein gewisser Bewegungsspielraum eröffnet, dieser ist aber durch die genannten Schwellenwerte limitiert. Insbesondere die Möglichkeit zur Direktvergabe wird durch die genannten Werte eng begrenzt.

Nachdem einige für die Arbeiterkammer wichtige Forderungen keinen Eingang in den Gesetzestext mehr fanden, wurde erfreulicherweise im Zuge der Debatte des Verfassungsausschusses über die Regierungsvorlage auf Basis der AK-Vorschläge ein Entschließungsantrag eingebracht, demgemäß die Bundesregierung um Folgendes ersucht wird:

- Möglichst rasche Verabschiedung von ökologischen Leitlinien für den Vollziehungsbereich des Bundes.
- Prüfung der Möglichkeiten zur zweckmäßigsten Berücksichtigung sozialpolitischer Belange (gem § 19 Abs 6) bei der Durchführung von Vergabeverfahren.
- Prüfung der Möglichkeiten zur Erleichterung der Nachweiserbringung (gem der §§ 70 ff) durch verstärkten Rückgriff auf allgemein zugängliche Verzeichnisse.
- Anregung von Gesprächen der SozialpartnerInnen hinsichtlich einer GeneralunternehmerInnenhaftung für SubunternehmerInnen um Missbräuche zu bekämpfen.

⁵⁸ „Nicht-Prioritäre Dienstleistungen“ gemäß Anhang IV BVergG sind die unter den Kategorien 17 bis 27 genannten Titel: Gaststätten und Beherbergungsgewerbe, Eisenbahnen, Schifffahrt, Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs, Rechtsberatung, Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung, Auskunft- und Schutzdienste (ohne Geldtransport), Unterrichtswesen und Berufsausbildung, Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen, Erholung, Kultur und Sport sowie Sonstige Dienstleistungen.

Gerade der letzte Punkt ist unter dem Aspekt des Unterlaufens arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen und der daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrung zulasten gesetzeskonform handelnder UnternehmerrInnen von besonderer Bedeutung.

Letztlich sei noch angemerkt, dass die im Gesetz festgeschriebenen Schwellenwerte bereits durch eine Ende Dezember 2005 kundgemachte Verordnung der Kommission (VO (EG) Nr 2083/2005) außer Kraft gesetzt worden sind. Das Bundeskanzleramt musste diesen Umstand bzw die tatsächlich geltenden Schwellenwerte mitteilen (das zu diesem Zeitpunkt bereits beschlossene Gesetz konnte nicht mehr geändert werden). Schon daraus kann auf eine Fortsetzung der „unendlichen Geschichte Bundesverfassungsgesetz“ geschlossen werden....

2.2.2 Postgesetz

Seit 1. Jänner dürfen private PostdienstleisterInnen auch persönlich adressierte Briefsendungen ab 50 Gramm zustellen. Diese schrittweise Liberalisierung des Postmarktes auf EU-Ebene macht es notwendig, die Rahmenbedingungen an die neuen Gegebenheiten anzupassen und auch private PostdienstleisterInnen einem Postgesetz zu unterwerfen. Ende 2005 wurde deshalb eine Novelle zum Postgesetz verabschiedet. Diese regelt die Rahmenbedingungen sowohl für private DienstleisterInnen als auch für die Post AG als Universaldienstbetreiberin. Darin sind auch gewisse Pflichten für die PostbetreiberInnen aufgenommen worden, wie die Anzeigepflicht der Dienste, die Kennzeichnung der MitarbeiterInnen und die Einrichtung einer Regulierungsbehörde.

Aus KonsumentInnensicht bleiben dennoch auch nach dieser Novellierung noch viele Punkte offen, die noch nicht befriedigend gelöst worden sind, wobei insbesondere die unzureichende Konkretisierung einer flächendeckenden Postämterversorgung hervorzuheben ist. Langfristig ist vor allem die Frage der Finanzierung des Universaldienstes offen.

Mathias Grandosek

Vorgeschichte

Bereits seit langem ist die Neufassung des Postgesetzes in Diskussion. Bedingt durch die weitere Liberalisierung des Postmarktes bieten verstärkt auch private BetreiberInnen Postdienste an. Mit 1. Jänner 2006 ist nun der reservierte Bereich, also jener Bereich, welcher der Post allein vorbehalten ist, auf persönlich adressierte Briefsendungen mit einem Gewicht von weniger als 50 Gramm abgesenkt worden. Davor galt eine Grenze von 100 Gramm. Mit diesem letzten Liberalisierungsschritt sind nun bereits beinahe $\frac{3}{4}$ des gesamten Postmarktes in Österreich für den Wettbewerb geöffnet.

Inwieweit auf europäischer Ebene die vollständige Marktöffnung erfolgen wird, bleibt abzuwarten. Die Postrichtlinie definiert, dass 2006 eine Analyse des Marktes erfolgen soll, auf deren Basis die weiteren Schritte beraten werden. Als Zieldatum einer vollständigen Liberalisierung wurde zunächst 2009 ins Auge gefasst. Bis dahin soll also die Entscheidung fallen.

Mit ansteigendem Wettbewerb hat sich auch das alte österreichische Postgesetz als zunehmend problematisch erwiesen. Dieses war im Grunde ein Unternehmensgesetz, dass sich vor allem an die Österreichische PostAG gerichtet hat. Es war nur bedingt dazu geeignet, einen österreichischen Postmarkt zu regeln und für alle Wettbewerber einen geeigneten Rahmen zur Verfügung zu stellen. Auch aus KonsumentInnensicht war das Postgesetz zu kritisieren, da es keine geeigneten Schutzmechanismen (insbesondere für EmpfängerInnen von Postsendungen) vorsah, die auch private BetreiberInnen zu befolgen gehabt hätten.

Von mehreren Seiten ist deshalb die Forderung nach einem neuen Postmarktgesetz laut geworden. Allerdings haben sich die Verhandlungen dazu als relativ schwierig und langwierig erwiesen, nicht zuletzt deshalb, weil es auch einen Interessenkonflikt innerhalb der politisch Verantwortlichen gegeben hat – zwischen dem Ziel einer umfassenden Liberalisierung und den Plänen einer Teilprivatisierung der Post AG.

Der ursprüngliche Plan, eine umfassende Reformierung und völlige Neufassung des Postgesetzes vorzunehmen, wurde zurückgenommen. Hingegen wurde nur eine kleinere Novelle zum Postgesetz beschlossen. Diese Novelle wurde nun nach kontroversiellen Debatten im Parlament und nach dem Veto des Bundesrates durch einen Beharrungsbeschluss der Koalitionsparteien im Dezember 2005 endgültig beschlossen und soll im März 2006 in Kraft treten.

Die wichtigsten Neuerungen in der Postgesetznovelle 2005

Universaldienst

Grundsätzlich ändert das neue Postgesetz relativ wenig an den Bestimmungen zum Universaldienst. Der Universaldienst umfasst jene Leistungen, die von der Österreichischen Post flächendeckend und zu allgemein erschwinglichen Preisen zur Verfügung gestellt werden müssen. Im Gegenzug hat sie das Recht, den reservierten Bereich allein zu bedienen. Der reservierte Bereich stellt also die Finanzierungsgrundlage für Dienste dar, die im Rahmen des Universaldienstes nicht kostendeckend erbracht werden können.

Der Universaldienst umfasst auch die Bereitstellung von Abhol- und Zugangspunkten, also die Frage der Verteilung von Postämtern. Gerade diese Frage war es, die im letzten Jahr für heftige Debatten gesorgt hat.

Ein großer Schwachpunkt des alten Postgesetzes und der zugehörigen Universaldienstverordnung war, dass die Anzahl und die Verteilung von Postämtern nur sehr ungenau festgelegt wurden. Es gab vor allem keine objektiven Kriterien, wie zB eine definierte Anzahl von Postämtern pro Fläche oder im Verhältnis zur Bevölkerungsdichte. Vielmehr wurde nur sehr vage festgelegt, dass der/die UniversaldienstbetreiberIn verpflichtet ist, eine ausreichende, flächendeckende Versorgung mit Post-Geschäftsstellen sicherzustellen. Weiters wurde festgehalten dass die damalige (also im Jahr 2002) Anzahl von Geschäftsstellen eine flächendeckende Versorgung darstellt, und dass ein Postamt nur geschlossen werden darf, wenn

- die kostendeckende Führung des Postamtes auf Grund mangelnder KundInnennachfrage dauerhaft ausgeschlossen und
- die Erbringung des Universaldienstes durch eine Post-Geschäftsstelle oder durch LandzustellerInnen (mobiles Postamt) gewährleistet ist.

Vor einer Schließung muss die Post die betroffene Gemeinde informieren und mit ihr gemeinsam alternative Lösungen suchen.

Im Grunde laufen diese Formulierungen allerdings dem Gedanken eines flächendeckenden Universaldienstes zuwider, da ja gerade der Sinn des Universaldienstes darin besteht, auch solche Leistungen aufrecht zu erhalten, die nicht in jedem Einzelfall kostendeckend sind, aber aus sozialen und regionalpolitischen Überlegungen heraus aufrecht erhalten werden sollen.

Wenn nun jedes Postamt geschlossen werden darf, das nicht kostendeckend geführt werden kann, so sind im Grunde keine Ergebnisse zu erwarten, die über rein marktwirtschaftliche Entwicklungen hinausgehen. Diese Bestimmungen ließen der Post einen sehr großen Spielraum, den sie auch großzügig ausnutzte. In einer ersten Schließungswelle sind ca 650 Postämter geschlossen worden.

Ende 2004 wurde eine zweite Schließungswelle angekündigt, die zu großer öffentlicher Kritik geführt hat und das BMVIT dazu veranlasste einzugreifen und mit der Post in einer großen Runde gemeinsam mit VertreterInnen der Gemeinden, der Städte und der SozialpartnerInnen in einen Dialog einzutreten.

Doch der Spielraum des Bundesministers ist hierbei gering, und so konnte nicht verhindert werden, dass im Endeffekt weitere 310 Postämter geschlossen wurden. Im Zuge der Diskussion um das neue Postgesetz wurden deshalb auch stärkere Eingriffsrechte des Ministers gefordert, um zukünftig Schließungen verhindern zu können. Die Neuerungen, die hier ins neue Postgesetz aufgenommen wurden, waren einerseits, dass die Post ein jährliches Universaldienstkonzept vorzulegen hat, in dem auch Pläne zur Restrukturierung des Fili-

alnetzes angekündigt werden müssen, und andererseits, dass der Minister bei Filialschließungen zur Überprüfung der Einhaltung der Kriterien Unterlagen von der Post verlangen und diese von einem Sachverständigen prüfen lassen kann. Werden die Kriterien nicht erfüllt, so darf er die Schließung der Filiale per Bescheid untersagen.

Diese neuen Formulierungen ändern aber leider an der grundsätzlichen Problematik wenig. Bereits jetzt musste ja die Post gewisse Kriterien einhalten, was aber Schließungen nicht verhindert hat. Solange nicht messbare Kriterien eingeführt werden, die über das Erfordernis der nicht kostendeckenden Führung eines Postamtes hinausgehen, wird eine Schließung auch in Zukunft nicht wirksam verhindert werden können. Somit sind auch in Zukunft der Post relativ weite Möglichkeiten geöffnet, ihr Filialnetz zu restrukturieren und Postämter zu schließen.

Reservierter Bereich

Nach zahlreichen Forderungen, den reservierten Bereich schon vorzeitig für den Wettbewerb zu öffnen und ein fixes Liberalisierungsdatum festzuschreiben, hat man sich nun entschlossen, die weitere Liberalisierung des Postmarktes im Einklang mit den EU-Richtlinien, also nicht vor 2009, durchzuführen.

Der reservierte Bereich umfasst persönlich adressierte Briefsendungen mit einem Gewicht von bis zu 50 Gramm. Ausgenommen davon sind allerdings:

- abgehende grenzüberschreitende Briefsendungen,
- Sendungen, deren Entgelt mindestens das Zweieinhalbfache des Standardentgelts einer Inlandbriefsendung der Post beträgt,
- der Dokumentenaustausch,
- Sendungen mit schriftlichen Mitteilungen oder sonstigen Nachrichten, die von AbsenderInnen selbst oder von einem/r Beauftragten der AbsenderInnen befördert werden, sofern die Beförderung nicht für Rechnung mehrerer AbsenderInnen oder EmpfängerInnen erfolgt;
- Direktwerbung; jedoch nur jene Direktwerbung, die als persönlich beanschriftete Sendung offen (unverpackt und unverschlossen) versendet wird, als solche klar erkennbar ist und neben dem Adressfeld keine weitere Individualisierung enthält und
- Begleitpapiere zu einem Warenversand.

Der reservierte Bereich soll grundsätzlich das dauerhafte Erbringen des Universaldienstes sicherstellen. Problematisch erscheint hierbei allerdings, dass durch die Liberalisierung diese Finanzierungsquelle sukzessive verkleinert wird. Wie zukünftig eine alternative Finanzierung des Universaldienstes aussehen soll, bleibt derzeit offen. In einigen Staaten wird eine Fondslösung angestrebt, wobei alle BetreiberInnen in einen Universaldienstfonds einzahlen, aus dem dann die zusätzlichen Kosten der flächendeckenden Versorgung finanziert werden. Diese Diskussion wurde in Österreich allerdings bisher noch nicht geführt.

Eine weitere Liberalisierung oder gar völlige Marktöffnung ohne gleichzeitig die Frage der Finanzierung des Universaldienstes zu lösen, wäre aus verschiedenen Gründen problematisch und würde auch verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen, da hier eine Ungleichbehandlung der MarktteilnehmerInnen stattfände und es zu Wettbewerbsverzerrungen käme.

Bestimmungen für private Postdienste

Eine wichtige Neuerung in der Postgesetznovelle stellt die Tatsache dar, dass manche Paragraphen auch private PostdienstleisterInnen betreffen. Einerseits wurde eine Anzeigepflicht für PostdienstleisterInnen normiert, andererseits wurden ihnen auch gewisse Pflichten auferlegt.

Anzeigepflicht

Bisher war die Erbringung von privaten Postdienstleistungen außerhalb des reservierten Bereiches an keine Bedingungen geknüpft. Jede/r konnte solche Dienste im Rahmen des normalen Gewerberechts erbringen. Mit voranschreitender Liberalisierung und der Zunahme an ZustellerInnen führt dies allerdings sowohl aus KonsumentInnen- wie auch aus Wettbewerbssicht zu Problemen. Auch die Anwendung von effektiven Regulierungsmöglichkeiten für alle PostdienstleisterInnen ist nur im Zusammenhang mit einem Anzeige- oder Lizenzierungssystem möglich, da ansonsten der Postregulator nicht einmal weiß, welche Unternehmen Dienste erbringen.

Die neue Postgesetznovelle sieht deshalb eine Anzeigepflicht vor. Vor Erbringung von Postdiensten müssen DiensteanbieterInnen der Regulierungsbehörde mitteilen, dass sie vorhaben diese Dienste zu erbringen.

Zu einem umfassenderen Lizenzsystem, bei dem die Erbringung von Postdiensten mit einer vorher erteilten Lizenz verbunden ist, in der auch gewisse Auflagen vorgesehen sein können (wie zB ein zu versorgendes Gebiet), konnte man sich seitens des Gesetzgebers nicht durchringen. Solche Lizenzsysteme gibt es in mehreren Staaten, unter anderem auch in Deutschland und Ungarn.

Obwohl durch ein derartiges Lizenzsystem Wettbewerbsverzerrungen stärker hintan gehalten werden könnten, da ein „Rosinenpicken“ erschwert wird, hat man in Österreich nur die weniger bindende Variante eines Anzeigensystems eingeführt, das zwar dem Regulator erlaubt, die MarktteilnehmerInnen zu kennen, aber geringere Möglichkeiten offen lässt, alternativen PostdienstleisterInnen konkrete Auflagen zu erteilen.

Pflichten der AnbieterInnen eines Postdienstes

Erstmals wurden auch für private PostdienstleisterInnen gewisse Verpflichtungen bei der Erbringung von Diensten vorgesehen. Insbesondere aus KonsumentInnensicht ist das Fehlen solcher Pflichten schon seit längerer Zeit ein Manko. EmpfängerInnen von Postsendungen haben in der Regel kaum einen Einfluss darauf, wen der/die AbsenderIn beauftragt, die jeweiligen Briefe oder Pakete zuzustellen. Dennoch haben sie oft die Unannehmlichkeiten, wenn die Sendung nicht ordnungsgemäß zugestellt wird, oder sie diese abholen müssen, falls sie bei der Zustellung nicht zu Hause angetroffen wurden. Auch im Falle von Urlaub und der damit verbundenen Überfüllung von Postkästen sind immer wieder Beschwerden und Befürchtungen geäußert worden, ebenso bezüglich der Problematik des Hauszutritts für hausfremde Personen.

Einige dieser Problemfelder wurden in der Postgesetznovelle berücksichtigt. So sind die PostdienstleisterInnen nun verpflichtet ihre MitarbeiterInnen so kenntlich zu machen, dass sie rasch dem jeweiligen Unternehmen zugeordnet werden können. Positiv hervorzuheben ist auch, dass künftig auch die Sendungen zu kennzeichnen sind, und man so in Hinkunft genau sagen kann, wer das jeweilige Poststück zugestellt hat.

Weiters hat man auch normiert, dass ein Hinterlegungsort nicht unangemessen weit von der Zustelladresse entfernt sein darf und dieser auch über angemessene Öffnungszeiten verfügen muss. Zudem müssen Postdienstleister auch ein Beschwerdemanagement einrichten und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Qualitätsangaben festlegen und regeln, wie bei gescheiterten Zustellungen verfahren wird.

Diese Pflichten stellen eine gewisse Verbesserung zum Status Quo dar. Dennoch bleiben viele Fragen dadurch noch offen. Problematisch erscheinen zB die nicht konkretisierten Bestimmungen zu den Hinterlegungspunkten: Was angemessene Entfernungen bzw Öffnungszeiten sind, lässt der Gesetzgeber offen. Auch die Frage nach dem Zugang zu Häusern wird im Postgesetz gänzlich ausgeklammert, obwohl das eines jener Gebiete ist, die besonders kritisch von KonsumentInnen gesehen werden.

Ebenso wenig wird auch über verpflichtende Koordinierungsmechanismen zwischen den Betreibern entschieden. Diese wären in einigen Fällen wünschenswert, zB wenn KonsumentInnen die Zustellung der Post für einen gewissen Zeitraum (Urlaub) vermeiden wollen, um etwa überfüllte Briefkästen zu verhindern. Derzeit ist es beispielsweise nicht möglich, ein Urlaubspostfach zu nehmen, in das dann automatisch alle Bet-

reiberInnen zustellen, wenn man es wünscht. Hier müssten sich die KonsumentInnen derzeit selbst mit allen Betreibern einzeln in Verbindung setzen und für den Fall der Abwesenheit Vereinbarungen treffen. Das ist kaum möglich, da die EmpfängerInnen gar nicht wissen, welche Unternehmen in ihren Gebieten Zustelldienste ausüben.

Die Verunsicherung und Verärgerung bei KonsumentInnen ist deshalb in vielen Fällen groß, insbesondere weil durch die Regelungen zu den Hausbrieffachanlagen, die ja nun umgerüstet werden müssen und mit einem Schlitz auszustatten sind, einer Überfüllung des Brieffachs kaum mehr vorgebeugt werden kann.

Postregulator

Das neue Postgesetz führt erstmals auch eine unabhängige Postregulierungsbehörde ein. Ab 2008 wird diese beim derzeitigen Telekomregulator eingerichtet. Dazu wird die Telekom-Control-Kommission um einen Senat erweitert, bei dem statt des Mitglieds mit technischen Kenntnissen ein Mitglied mit Kenntnissen auf dem Postsektor bestellt wird. Der Geschäftsführer des Telekom-Bereichs der RTR-GmbH (Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH) führt dabei die Geschäfte und bekommt die Agenden des Postregulators übertragen, sofern dafür nicht die Kommission zuständig ist.

Grundsätzlich wäre auch die Beibehaltung der derzeitigen Lösung möglich gewesen, bei der die Postregulierung im Ministerium angesiedelt ist. Ob sich diese neue Konstruktion bewährt oder ob dies nur einen umfangreicheren Verwaltungsaufwand mit sich bringt, wird erst die Zukunft zeigen. Positiv ist sicherlich die ebenfalls vorgesehene Streitschlichtung beim Postregulator, DiensteanbieterInnen, NutzerInnen und Interessenvertretungen in Streit- oder Beschwerdefällen, die mit einem/r AnbieterIn eines Postdienstes nicht befriedigend gelöst worden sind, vorlegen können. Die Regulierungsbehörde muss daraufhin versuchen eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen.

Fazit

Ein neues Postgesetz wurde von vielen Seiten gefordert und ist angesichts der voranschreitenden Liberalisierung und den zunehmenden Problemen mit privaten Zustellern auch aus KonsumentInnensicht dringend erforderlich.

Die jetzt beschlossene Novelle ist jedoch nicht die ursprünglich angedachte völlige Neufassung des Postgesetzes, sondern beschränkt sich auf die Adjustierung des bestehenden Gesetzes in einigen Punkten.

Viele Probleme, gerade im Bereich des Universaldienstes und des KonsumentInnenschutzes, bleiben auch weiterhin nur unbefriedigend gelöst. Hierzu müssten auch privaten PostbetreiberInnen stärkere und konkretere Pflichten und Qualitätskriterien auferlegt werden, die sie bei der Erbringung ihrer Dienste beachten müssen.

Solche Verpflichtungen wären aber notwendige Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb. Nur wenn auch private DienstleisterInnen ebenso wie der/die UniversaldienstleisterIn gewisse Versorgungs- und Qualitätserfordernisse zu erfüllen haben, kann eine Schieflage in der Wettbewerbssituation und ein „Rosinenpicken“ verhindert und damit erst fairer Wettbewerb geschaffen werden.

Wie ein flächendeckender Universaldienst aufrecht erhalten werden soll, bleibt unbeantwortet. Wenn einerseits die Finanzierung des Universaldienstes durch weitere Liberalisierungsschritte eingeschränkt wird und die Post diesen trotzdem in vollem Umfang erfüllen muss, und andererseits die MitbewerberInnen zum Teil andere bzw. geringere Auflagen und damit auch Kosten bei der Erbringung der Dienste haben, können sie in lukrativen Bereichen zu völlig anderen Bedingungen und geringeren Preisen anbieten als die Universaldienstbetreiberin. Doch damit wird die Finanzierungsgrundlage des Universaldienstes endgültig untergraben. Wenn gleichzeitig zudem der Universaldienst nicht eindeutig definiert ist, wie zB bei Postämtern, wo genaue

Kriterien für die Anzahl und Verteilung fehlen, ist die Gefahr groß, dass eine weitere Ausdünnung der Versorgung erfolgt.

Die Postgesetznovelle hat die Bedingungen des Wettbewerbs auf dem Postmarkt neu geregelt. Ob der Grad der Regulierung allerdings ausreichen wird, um für einen fairen Wettbewerb zu sorgen und eine Versorgung mit hochwertigen Dienstleistungen langfristig sicher zu stellen, bleibt abzuwarten. Wie sich der Wettbewerb auf dem Postmarkt entwickeln wird, werden die nächsten Jahre zeigen. Aus KonsumentInnensicht bleiben sicherlich auch nach dieser Novellierung des Postgesetzes noch einige Punkte offen, die noch nicht befriedigend gelöst worden sind.

2.2.3 Übernahmerecht

Kern der Diskussion zum Übernahmerecht ist die Frage, ab welcher Beteiligungshöhe ein Pflichtangebot zu legen ist. Im ursprünglichen Entwurf war eine Kontrollschwelle von 30% vorgesehen, derzeitiger Verhandlungsstand sind 26%. Bisher gab es einen materiellen Kontrollbegriff und keine fixe Grenze. Laut Arbeiterkammer berücksichtigen weder eine 30%ige noch eine 26%ige Kontrollschwelle die österreichischen Verhältnisse: Die Arbeiterkammer schlägt daher ein Festhalten am materiellen Kontrollbegriff und ein Stufenverfahren der Kontrollschwellen vor.

Weiters spricht sich die Arbeiterkammer dafür aus, dass die Neutralitätspflicht bei Abwehrmaßnahmen den Gesellschaften nicht zwingend vorgeschrieben sondern im Sinne des Optionsmodells der Richtlinie in den Entscheidungsbereich der Unternehmen übertragen werden sollte.

Weiterer Schwerpunkt ist das Gesellschafterausschlussgesetz. Dem vorliegenden Entwurf zu Folge muss der Hauptgesellschafter über 90% des Kapitals verfügen, um die Minderheit abfinden zu können (squeeze out). Die Übernahmerichtlinie würde es ermöglichen, diese Grenze auf 95% anzuheben. Davon sollte Gebrauch gemacht werden zum Schutz von MinderheitsgesellschafterInnen und zB auch von MitarbeiterInnenbeteiligungsmodellen.

Helmut Gahleitner

Die Novelle zum Übernahmerecht lässt die Wogen hoch gehen. Kernpunkt der Auseinandersetzung ist die Frage, ab welcher Beteiligungshöhe die Kontrolle über eine Zielgesellschaft vorliegt, die zum Kauf sämtlicher Aktien verpflichtet (Pflichtangebot an den Streubesitz). Während das geltende Übernahmerecht keine starren Kontrollgrenzen kennt und von einem materiellen Kontrollbegriff ausgeht, wird im Begutachtungsentwurf die Einführung einer fixen Kontrollschwelle – zur Diskussion wird eine Beteiligungshöhe von 25% bzw 30% gestellt – vorgeschlagen⁵⁹. Die Anpassung des Übernahmerechts an die Vorgaben der Übernahmerichtlinie sowie eine gesetzliche Neuregelung betreffend den Ausschluss von MinderheitsaktionärInnen durch den/die MehrheitseigentümerIn sind weitere Eckpunkte der Novelle⁶⁰. Nachfolgende Ausführungen geben die Position der Arbeiterkammer zu wichtigen rechtspolitischen Fragen wieder.

Hintergrund

Auslöser für die Schaffung des Übernahmerechts 1999 war der Kauf der Bundesanteile an der Creditanstalt durch die Bank Austria im Jahr 1998. Die politischen Parteien waren sich einig, dass im Falle eines Kontrollwechsels eine faire Behandlung aller AktionärInnen eine Mindestvoraussetzung für das Vertrauen der AnlegerInnen darstellt. Informationsvorschriften, ein transparentes Übernahmeverfahren sowie die Gleichbehandlung der AktionärInnen waren wesentliche Ziele des Gesetzgebers. Die Gleichbehandlung aller AktionärInnen der Zielgesellschaft sollte vor allem durch das so genannte Pflichtangebot sicher gestellt werden. Danach hat der/die Bieterin bzw die Bietergesellschaft bei Erlangung der Kontrolle über eine Zielgesellschaft nicht nur dem/der verkaufswilligen kontrollierenden AktionärIn oder Aktionärsgruppe sondern auch allen MinderheitsaktionärInnen (Streubesitz) ein gleichwertiges Angebot zum Erwerb ihrer Aktien zu unterbreiten.

⁵⁹ Justizministerin Gastinger und Wirtschaftsminister Bartenstein haben sich mittlerweile auf eine Kontrollschwelle von 26% geeinigt – siehe dazu weiter unten.

⁶⁰ Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend Übernahmeangebote, 2004/25/EG ist von den Mitgliedstaaten bis 20. Mai 2006 umzusetzen.

Neben der Heranführung des österreichischen Kapitalmarkts an internationale Standards sollte das Übernahmerecht aber auch dazu beitragen, eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der ArbeitnehmerInnen zu gewährleisten und den Wirtschaftsstandort Österreich zu stärken, um unerwünschten Übernahmen zu vermeiden. Letzteres ist gerade im Hinblick auf die Vorgangsweise institutioneller Investoren, wie Hedge-Fonds, von Bedeutung. Die meist kurzfristige, auf den Aktienkurs ausgerichtete, Veranlagungsstrategie diverser Hedge-Fonds geht oftmals zulasten einer sozial verantwortlichen und nachhaltigen Unternehmenspolitik.

Vor diesem Hintergrund sind die übernahmerechtlich relevanten Themen Kontrollschwelle, Abwehrmaßnahmen oder verpflichtendes Barangebot versus Tauschangebot zu diskutieren und einer dem Standort Österreich förderlichen Lösung zuzuführen.

Kontrollschwelle

Nach derzeit geltendem Übernahmerecht gilt der Grundsatz, dass bei Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung an einer Gesellschaft ein Angebot für alle Beteiligungspapiere abzugeben ist (umfasst auch den passiven Kontrollerwerb). Bei der Beurteilung des materiellen Kontrollbegriffs (Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf die Zielgesellschaft) ist neben der Beteiligungshöhe auch auf den Streubesitz und das üblicherweise in der Hauptversammlung vertretene stimmberechtigte Kapital abzustellen (§ 22 ÜbG).

Auslöser für die derzeit heftige Debatte über die Kontrollschwelle war die Entscheidung der Übernahmekommission, dass nach dem Rückzug der ÖIAG bei Böhler-Uddeholm ein Kontrollwechsel stattgefunden und die „Fries-Gruppe“ mit 25,65% Aktienanteil eine kontrollierende Stellung erlangt hat⁶¹. Gegen die Entscheidung der Übernahmekommission wurde eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) eingebracht und dieser hat mit Beschluss vom 14. Dezember 2005 ein Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet. Der VfGH begründete seinen Einleitungsbeschluss unter anderen damit, dass er neben der Doppelrolle der Übernahmekommission (Kommission erlässt Verordnungen und kontrolliert Einhaltung) auch verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit der Unbestimmtheit diverser Begriffe im Übernahmegesetz habe (zB „kontrollierende Beteiligung“, „Auflagen und Bedingungen“).

Die Industrie, unterstützt vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, forderte bereits während des Prüfungsverfahrens zu Böhler-Uddeholm lautstark eine Gesetzesänderung und die Einführung einer Kontrollschwelle bei einer Beteiligungshöhe von 30%, um Rechts- und Planungssicherheit herzustellen.

Kontrollschwelle von 30% zu hoch

Gegen eine fixe Kontrollschwelle sprechen sich vor allem die Übernahmekommission, WissenschaftlerInnen und der Interessenverband für Anleger (IVA) aus. So befürchtet die Übernahmekommission, dass bei einer fixen Kontrollschwelle von 30%, AktionärInnen eine Beteiligung von 29% erwerben und die Gesellschaft nach ihren Vorstellungen ohne Rücksicht auf 71% Streubesitzinvestoren beherrschen und umgestalten könnten, ohne die Angebotspflicht auszulösen. Andere befürchten bei Einführung einer fixen Kontrollschwelle eine weitgehende Abschaffung wirksamer Kontrolle von Übernahmen.⁶²

Die Bundesarbeitskammer hat ebenfalls ausführlich zur Kontrollschwelle Stellung genommen und dabei festgehalten:

- Eine starre Kontrollschwelle von 30% der Stimmrechte berücksichtigt in keiner Weise die österreichischen Hauptversammlungsverhältnisse. Nach Untersuchungen der Übernahmekommission ist in Österreich der Streubesitz nur mit ca 12,5% im *prime market*⁶³ und mit ca 15% bei den ATX-Werten vertreten (England 40 – 50%, Deutschland 26%). Die geplante Regelung würde daher dazu führen, dass ein

⁶¹ Trotz Vorliegens eines Kontrollwechsels hat die Übernahmekommission nicht die Stellung eines Pflichtangebots angeordnet, sondern Auflagen ausgesprochen (kein Erwerb zusätzlicher Aktien, Beschränkungen bei der Bestellung von Aufsichtsräten).

⁶² Doralt Peter, Vorsitzender der Übernahmekommission, zitiert in: „Wirtschaftsblatt“, 10. November 2005, S 5; weitere Bemerkungen zur Übernahmerechtsnovelle in: „Der Standard“, 14. Dezember 2004 und 26. Jänner 2006, „Presse“, S 2. und 6. Februar 2006.

⁶³ Das sind die TOP-Werte der österreichischen Börse.

30%iger Kernaktionär (allein oder gemeinsam vorgehende Rechtsträger) nicht bloß eine einfache sondern beinahe eine satzungsändernde Mehrheit hätte, ohne dass formal ein Kontrollwechsel vorliegen würde. So verfügte in der ersten Hauptversammlung nach dem Ausstieg der ÖIAG aus Böhler-Uddeholm die „Fries-Gruppe“ als neuer Hauptaktionär mit etwa 26% der Stimmrechte über eine relative Stimmkraft in der Hauptversammlung von mehr als 70%. Vor diesem faktischen Kontrollwechsel die Augen zu verschließen ist nicht zielführend, und es stellt sich zudem die Frage, ob eine solche Beteiligungsschwelle nicht gegen die Vorgabe der Richtlinie verstößt, die „von einem die Kontrolle begründenden Anteil“ spricht. Die Richtlinie hat deshalb keinen einheitlichen quantitativen Wert für den Kontrollwechsel festgelegt, da dieser gerade bei börsennotierten Unternehmen (und nur an diese richtet sich die Richtlinie) von mehreren – bereits oben beschriebenen – Faktoren abhängt.

- Bei Einführung einer fixen Kontrollschwelle von 30% ist zu erwarten, dass die österreichischen börsennotierten Unternehmen verstärkt von ausländischen Konzernen oder institutionellen InvestorInnen aufgekauft werden. Aufgrund der niedrigen Hauptversammlungs-Präsenzen in Österreich ist in vielen Fällen eine beherrschende Kontrolle unter 30% Anteilsbesitz möglich, die Bietergesellschaft könnte sich daher künftig mehr als 70% des Kaufpreises für die Kontrollerlangung sparen. Gesellschaften mit hohem Streubesitz könnten aufgrund des geringen Preises rasch begehrtes Übernahmeziel sein.
- Benachteiligt von einer hohen Kontrollschwelle würden auch die StreubesitzaktionärInnen, weil bei einem Kontrollwechsel unter 30% Anteilsbesitz der/die verkaufswillige PaketaktionärIn die Kontrollprämie nicht mehr mit dem übrigen Streubesitz teilen müsste. Die materiellen Kerninhalte des Übernahmegesetzes – dazu zählen Transparenz und Information, ein faires Verfahren sowie die Gleichbehandlung aller AktionärInnen der Zielgesellschaft im Übernahmefall – würden bei einer hohen Kontrollschwelle ausgehöhlt werden.

Vorschlag der Arbeiterkammer zur Kontrollschwelle

Die Bundesarbeitskammer hat nachstehende Eckpunkte im Begutachtungsverfahren vorgeschlagen:

- Festhalten am materiellen Kontrollbegriff: Es soll auch weiterhin der Grundsatz gelten, dass bei Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung an einer Gesellschaft (Zielgesellschaft) ein verpflichtendes Angebot an alle BeteiligungspapierinhaberInnen der Zielgesellschaft zu stellen ist.
- Einrichtung eines *safe harbour* bis 25% der Stimmrechte: Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehen idR Kontrollschwellen von 25 oder 30% für die Auslösung des Pflichtangebots vor. Vorgeschlagen wird daher, bis zu einem Grenzwert von 25% der Stimmrechte einen so genannten *safe harbour* einzurichten. Demnach würde bis zu einem Erwerb von 25% der Stimmrechte jedenfalls keine Angebotspflicht ausgelöst werden. Eine fixe Schwelle von 25% berücksichtigt die im Vergleich zu Großbritannien und Deutschland deutlich niedrigeren HV-Präsenzen in Österreich und nimmt die auf europäischer Ebene und im Entwurf geplanten Erleichterungen hinsichtlich der Teilnahme an den Hauptversammlungen vorweg. Die 25%ige Kontrollschwelle ist aber vor allem aktienrechtlich relevant. Solange ein/e AktionärIn nicht über eine Sperrminorität (25% + 1 Aktie) verfügt, ist seine/ihre allenfalls beherrschende Kontrolle relativ fragil. Dies bedeutet, dass sich einerseits Mehrheiten rasch ändern können (zB durch Auftreten von ÜbernahmeinteressentInnen), andererseits die zu erzielende Kontrollprämie bei einem etwaigen Weiterverkauf deutlich niedriger ausfällt als bei Beteiligungen über der Sperrminorität, was für die MinderheitsaktionärInnen nicht unwesentlich ist.
- Ausnahme von der Angebotspflicht: Bei Stimmrechten zwischen 25 und 30% sollte die Übernahmekommission auf Antrag des/der beherrschenden Aktionärs/Aktionärin die Möglichkeit erhalten, per Bescheid von der Stellung eines Pflichtangebots abzusehen, sofern gewährleistet ist, dass die Mehrheit der AufsichtsrätInnen einschließlich des/der Vorsitzenden des Aufsichtsrats vom/von der beherrschenden AktionärIn unabhängig und keine Gefährdung der Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber zu erwarten ist.⁶⁴ Eine solche Ausnahme von der Angebotspflicht ermöglicht den Erwerb von

⁶⁴ Als Grundlage für die Beurteilung eines „unabhängigen Aufsichtsratsmitglieds“ sollte die Empfehlung der Kommission betreffend die Stärkung der Unabhängigkeit der AufsichtsrätInnen (2005/162 EG) herangezogen werden.

Stimmrechten über die Sperrminorität hinaus und sichert gleichzeitig die Beschränkung der Machtausübung durch die Übernahmekommission. Nicht zu akzeptieren ist die im Gesetzesentwurf enthaltene Regelung, wonach bei geringfügigem, vorübergehendem oder unbeabsichtigtem Überschreiten des Schwellenwertes (Schwellenwert 25%) der/die kontrollierende AktionärIn den Sachverhalt der Übernahmekommission lediglich anzeigen muss und gegebenenfalls sich freiwillig Beschränkungen auferlegen kann. Bei Festlegung einer fixen Kontrollschwelle muss klar sein, dass ein Überschreiten derselben, ob unbeabsichtigt oder nur geringfügig, grundsätzlich das Pflichtangebot auslöst, wenn nicht ein Antrag auf Befreiung vom Pflichtangebot vom/von der kontrollierenden AktionärIn gestellt wird.

- Beibehaltung der Satzungsautonomie: So wie bisher sollte es durch Satzungsbestimmung möglich sein, die vermutete Kontrollschwelle auf 20% der Stimmrechte herabzusetzen.

Der Vorschlag der Bundesarbeitskammer zum Kontrollwechsel lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Tabelle 4: Vorschlag der Bundesarbeitskammer zum Kontrollwechsel

Stimmrechte	Findet Kontroll- übergang statt?	Muss ein Pflicht- angebot gelegt werden?	Prüfung durch die Übernahme- kommission
Beibehaltung des materiellen Kontrollbegriffs, aber	bei beherrschender Einflussmöglichkeit	ja	ja
...bis 25% (safe-harbour)	nein	nein	nein
.... ab 25 bis 30%	ja	ja, aber auf Antrag Befreiung möglich (Auflagen)	ja
.... ab 30%	ja	ja	ja
Satzungsautonomie	Herabsetzung auf 20% möglich	ja	ja

Warum 26 Prozent als Kontrollschwelle?

Am 9. Februar 2006 wurde in einer Presseaussendung des Justizministeriums die Einigung von Justizministerin Gastinger und Wirtschaftsminister Bartenstein zum Übernahmerecht veröffentlicht. Darin heißt es, dass „im Sinne der Stärkung und Absicherung der österreichischen KernaktionärInnen ein *safe harbour* bis zu einem Anteilsbesitz von 26% eingezogen werden soll. Der Erwerb eines Aktienpakets von maximal 26% löst daher in Zukunft weder ein Pflichtangebot noch die Möglichkeit der Erteilung von Auflagen durch die Übernahmekommission aus“. Die Befürworter der 30%-Schwelle haben damit ihr grundsätzliches Ziel erreicht, wenngleich es auf den ersten Blick aussieht, als ob das Justizministerium, das für eine 25%ige Kontrollschwelle plädierte, sich besser durchsetzen konnte. Mit der Kontrollschwelle von 26% wird jedenfalls die aktienrechtliche Sperrminorität (25% + 1 Aktie) jeglicher Kontrolle durch die Übernahmekommission entzogen (auch im Falle der passiven Kontrollerlangung), was wahrscheinlich primäres Ziel der BefürworterInnen einer hohen Kontrollschwelle war. Aus dieser Sicht ist es relativ gleichgültig, ob die Kontrollschwelle bei 27% oder 28% liegt. Auch der Eindruck, dass es sich bei der Festlegung der Kontrollschwelle von 26% um eine klassische Anlassgesetzgebung handelt (siehe Ausführungen betreffend Böhler-Uddeholm), wird von ExpertInnen bestätigt (zB UnivProf Dr Susanne Kalss, Rechtsanwalt Dr Hanns Hügel)⁶⁵. Das Argument der Regierung, „Förderung des österreichischen Kernaktionärs“ ist insoweit nicht nachvollziehbar, als diese Regelung für alle InvestorInnen, inländische wie ausländische, gilt. Außerdem fehlt jegliche Definition, was unter einem/r österreichischen KernaktionärIn zu verstehen ist. Die Arbeiterkammer hat daher die Kontrollschwelle von 26% als zu hoch kritisiert und auf mögliche Gefahren von Übernahmen börsenotierter Gesellschaften hingewiesen. Die Übernahmekommission hält ihre Kritik aufrecht und spricht von einem „faulen Kompromiss“.⁶⁶

⁶⁵ De-facto-Übernahmen zum Diskontpreis. In: „Der Standard“, 14.2.2006, S 13.

⁶⁶ Doralt Peter, Vorsitzender der Übernahmekommission, zitiert in: „Presse“, 10.2.2006, S 21.

Abwehrmaßnahmen – Neutralitätspflicht abschwächen

Die Übernahmerichtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten von der in Artikel 9 geregelten strengen Neutralitätspflicht für Vorstand und Aufsichtsrat im Übernahmefall abzusehen (*opting out*) und die Entscheidung darüber den Unternehmen zu übertragen (*opting in*).

Der vorliegende Erstentwurf des österreichischen Übernahmegesetzes hält weiterhin an der strengen Neutralitätspflicht des Vorstandes und Aufsichtsrats der Zielgesellschaft im Übernahmefall fest und spricht sich damit gegen das Optionsmodell aus. Abwehrmaßnahmen im Übernahmefall sind seitens des Vorstandes und Aufsichtsrats daher nur nach vorheriger Zustimmung durch die Hauptversammlung möglich. Diese restriktive Vorgangsweise sollte im Übernahmefall aufgegeben werden. Das Schicksal von Arbeitsplätzen, Beschäftigungsbedingungen und Standorten wird unmittelbar von den Absichten des/der Bieters/Bieterin bestimmt. Gerade bei unerwünschten Übernahmeversuchen ist die Kontinuität und nachhaltige Unternehmensentwicklung der Zielgesellschaft massiv gefährdet und damit die wirtschaftliche Existenz einer Vielzahl von Beschäftigten.

Unternehmensübernahmen sind daher nicht nur eine Angelegenheit der AktionärInnen sondern auch der *stakeholder*, sodass sich beim Festhalten an der strengen Neutralitätspflicht die Frage stellt, ob und inwieweit eine solche Regelung nicht gegen die bindenden Zielvorgaben des § 70 AktG verstößt. Die verantwortlichen Unternehmensorgane, Vorstand und Aufsichtsrat, müssen im Rahmen ihres Leitungs- und Kontrollmonopols alles daran setzen, um eine positive, nachhaltige Unternehmensentwicklung zu gewährleisten. Dabei haben sie laut § 84 Abs 1 AktG die Pflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (bzw Aufsichtsratsmitglieds) ihre Entscheidungen zu treffen. Die strenge Neutralitätspflicht im Übernahmefall ist mit dem Leitungs- und Kontrollmonopol von Vorstand und Aufsichtsrat nicht vereinbar und steht letztlich im Widerspruch zum Aktienrecht. Durch die zwingende Anwendung von Art 9 (Neutralitätspflicht) ist es auch nicht möglich, eine Gesellschaft von der Anwendung der Neutralitätspflicht zu befreien, wenn sie selbst Ziel eines Übernahmeangebots seitens einer Gesellschaft wird, die ihrerseits die Neutralitätspflicht nicht anwendet (Reziprozitätsregel nach Art 12 Abs 3 der Richtlinie gilt nur bei freiwilliger Anwendung). Auch aus diesem Grund sollte die Anwendung von Art 9 (Neutralitätspflicht) den Gesellschaften nicht zwingend vorgeschrieben sondern im Sinne des Optionsmodells der Richtlinie in den Entscheidungsbereich der Unternehmen übertragen und gleichzeitig Art 12 Abs 3 der Richtlinie umgesetzt werden.

Mitwirkung der ArbeitnehmerInnenvertretung im Übernahmeverfahren

Aus dem gesetzlichen Inhalt der Angebotsunterlage (§ 7) wird die Bedeutung von Übernahmeangeboten für ArbeitnehmerInnen sowohl der Bieter- als auch der Zielgesellschaft ersichtlich. Nach § 7 Z 8 des Entwurfs hat die Angebotsunterlage nun eine Verdeutlichung der Absichten des Bieters/der Bieterin in Bezug auf die künftige Geschäftstätigkeit und ihre Auswirkungen auf die Beschäftigten erfahren. Dass der Bieter/die Bieterin erstmals auch darlegen muss, wie sich die Übernahme auf die Bietergesellschaft auswirkt, wird ebenso positiv bewertet wie der Umstand, dass der Vorstand der Zielgesellschaft in seiner Stellungnahme insbesondere auf die Auswirkungen der Übernahme auf Arbeitsplätze, Beschäftigungsbedingungen und Standorte einzugehen hat.

Aus ArbeitnehmerInnensicht ist die im Entwurf umgesetzte verstärkte Einbeziehung des Betriebsrats der Zielgesellschaft in das Übernahmeverfahren besonders wichtig. Die ArbeitnehmerInnenvertretung kann jetzt eine schriftliche Stellungnahme zu den Auswirkungen des Übernahmeangebots auf die Beschäftigten abgeben, die vom Vorstand auch zu veröffentlichen ist. Im vorliegenden Entwurf wird die Frist für eine schriftliche Stellungnahme des Betriebsrats mit „tunlichst eine Woche“ umschrieben. Dies ist nicht akzeptabel. Zum einen ist die Frist von „tunlichst eine Woche“ unkonkret und es besteht dadurch naturgemäß die Gefahr, dass sie in der Praxis nicht eingehalten wird, zum anderen ist die Frist angesichts der komplexen Sachverhalte im Übernahmefall schlicht zu kurz. Der Wortlaut sollte daher konkretisiert und dem Betriebsrat zumindest zwei Wochen für die Erarbeitung einer Stellungnahme eingeräumt werden. Dies deckt sich auch mit den Erläuterungen zu § 19, wonach „dem Vorstand der Zielgesellschaft zur Ausarbeitung einer Stellungnahme üblicherweise zwei Wochen zur Verfügung stehen“.

Verpflichtendes Barangebot

Es ist ein wesentlicher Grundsatz des Übernahmerechts, dass bei einem Kontrollwechsel kein/e AktionärIn gezwungen werden soll, unter der neuen Leitung in der Gesellschaft bleiben zu müssen. Die Beibehaltung des verpflichtenden Barangebots im Rahmen von Pflichtangeboten nach § 22 ÜbG erscheint daher sinnvoll. Außerdem steht es der Bietergesellschaft frei, zum Barangebot alternativ ein Wertpapierangebot (zB Aktien der Bietergesellschaft) zu legen. Ist dieses attraktiv und die Liquidität der Papiere gesichert, dann werden vernünftig handelnde AnlegerInnen gerne das Wertpapierangebot annehmen. Das verpflichtende Barangebot stellt somit sicher, dass ein allfälliges Wertpapierangebot nicht zum Nachteil der MinderheitsaktionärInnen ausfällt.

Im Rahmen der Umsetzung der Übernahmerichtlinie ist künftig bei Pflichtangeboten ein Preisabschlag von maximal 15% nicht mehr zulässig. Im Sinne der Gleichbehandlung aller AktionärInnen ist die Abschaffung des Preisabschlags gerechtfertigt.

Gesellschafterausschlussgesetz (GesAusG)

Bislang wurde der Ausschluss einer Minderheit von höchstens 10% des Nennkapitals durch den/die 90%igen MehrheitseigentümerInnen vor allem im Wege der nicht verhältnismäßigen Spaltung vorgenommen. Im Rahmen der nicht verhältnismäßigen Spaltung war eine gerichtliche Überprüfung der Barabfindung allerdings nur MinderheitsaktionärInnen vorbehalten, die gegen den Spaltungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, was eine Anwesenheit bei der entsprechenden Hauptversammlung erforderte. Viele KleinaktionärInnen besuchen keine Hauptversammlungen, kennen auch nicht die einschlägigen Bestimmungen des Spaltungsgesetzes und konnten daher von einer eventuellen Nachbesserung der Barabfindung im Rahmen eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens nicht profitieren. Durch ein eigenes Bundesgesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern werden jetzt tatsächlich alle MinderheitsaktionärInnen gleich behandelt, was ausdrücklich zu begrüßen ist.

Nach dem vorliegenden Entwurf muss der/die HauptgesellschafterInnen über 90% des Grundkapitals verfügen, um die Minderheit abfinden zu können (*Squeeze-Out*). Die Übernahmerichtlinie würde es ermöglichen, die Schwelle für den Ausschluss der MinderheitsgesellschafterInnen auf 95% anzuheben. Von dieser Möglichkeit sollte aus mehreren Gründen Gebrauch gemacht werden:

Ein *Squeeze-Out* stellt jedenfalls einen wesentlichen Eingriff in die Eigentumsrechte der AktionärInnen dar, weshalb der Ausschluss von MinderheitsgesellschafterInnen möglichst restriktiv gestaltet sein sollte. Bei großen börsennotierten Gesellschaften ist das Erreichen eines Anteils von 10% des Grundkapitals aufgrund des finanziellen Aufwands nur schwer bis gar nicht möglich. Eine Anhebung der Ausschlussvoraussetzung würde daher einen wichtiger Beitrag zur Verbesserung des Minderheitenschutzes darstellen.

Hinzuweisen ist weiters auf die zunehmende Bedeutung von MitarbeiterInnenbeteiligungsmodellen, die oftmals über Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden. Die ArbeitnehmerInnen erwarten sich von MitarbeiterInnenbeteiligungsmodellen vor allem eine stärkere Einbindung in den Entscheidungsprozess des Unternehmens. Ihr Interesse ist primär am Bestand des Unternehmens ausgerichtet, weshalb die genannten Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss einer Minderheit (MinderheitsaktionärInnen haben primär ein Vermögensinteresse) hier nicht zum Tragen kommen. Die Höhe der im Rahmen von MitarbeiterInnenbeteiligungsmodellen gehaltenen Anteile liegt nicht selten zwischen 5% und 10% des Grundkapitals, wenngleich in der Mehrzahl der Fälle der Beteiligungsanteil unter 5% liegt (vor allem bei großen Kapitalgesellschaften). Eine Anhebung der Ausschlussvoraussetzung auf 95% ist daher ein wichtiger Schritt zur Absicherung der MitarbeiterInnenbeteiligung.

Das neue Gesellschafterausschlussgesetz bringt zudem einige Vorteile für den/die HauptgesellschafterInnen. Vor allem der Umstand, dass der/die HauptgesellschafterInnen die für einen Ausschluss erforderliche Mehrheit nicht direkt halten muss, sondern auch mittelbar gehaltene Anteilsrechte als Anteilsrechte des Hauptgesell-

schafters/der Hauptgesellschafterin gelten, bedeutet eine wesentliche Erleichterung. Der/die HauptgesellschafterIn hat überdies den Vorteil, den Zeitpunkt des Ausschlusses selbst zu bestimmen.

Eine Anhebung der Ausschlussvoraussetzung auf 95% des Grundkapitals ist auch deshalb gerechtfertigt, weil nach § 7 des Entwurfs bei Ausschluss in Folge eines Übernahmeangebots die höchste Gegenleistung im Rahmen des Angebots als angemessener Wert für die Barabfindung gilt, und in diesem Fall eine gerichtliche Überprüfung nicht mehr möglich sein wird. Je höher die Schwelle festgesetzt wird, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Preis im Angebotsverfahren mit dem tatsächlichen Unternehmenswert übereinstimmt.

Resümee

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat mit Beschluss vom 14. Dezember 2005 ein Gesetzesprüfungsverfahren betreffend die Verfassungsmäßigkeit des Übernahmegesetzes eingeleitet. Die im Beschluss geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken betreffen Kerninhalte des Übernahmegesetzes (zB Verordnungsermächtigung der Übernahmekommission, Unbestimmtheit diverser Begriffe im Übernahmegesetz, wie „beherrschende Beteiligung“, „Auflagen und Bedingungen“). Es erscheint daher sinnvoll und zweckmäßig den Ausgang des Gesetzesprüfungsverfahrens abzuwarten und auf der Grundlage des Prüfungsergebnisses des VfGH die Novellierung des Übernahmerechts durchzuführen. Gegenstand dieser Novellierung sollten daher lediglich die aufgrund der Übernahmerichtlinie notwendigen Anpassungen sein, welche von den Mitgliedstaaten bis spätestens 20. Mai 2006 umzusetzen sind.

2.2.4 Neues zu Corporate Governance

Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 soll die Kontrollinstanzen Aufsichtsrat und AbschlussprüferInnen stärken. Die Änderungen sowie Empfehlungen der Europäischen Kommission führten auch zur Novelle des Österreichischen Corporate Governance-Kodex. Aus Sicht der Arbeiterkammer können aber freiwillige Selbstverpflichtungen für börsennotierte Unternehmen gesetzliche Vorschriften nur ergänzen, verbessern aber nur bedingt die Kontrolle. Nur 48% der in Wien gelisteten Unternehmen sind bereit den Kodex anzuwenden. Einige Empfehlungen des Kodex wurden nun ins Aktiengesetz übernommen und Neuregelungen für Aufsichtsrat und AbschlussprüferInnen, wie eine Höchstgrenze für die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder oder das Verbot von Überkreuzverflechtungen beschlossen. Allerdings werden diese Regelungen durch weitreichende Ausnahmen aufgeweicht.

Auch die ursprünglich vorgesehene Rotation des/der AbschlussprüferIn bzw der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach sechs Jahren wurde wieder abgeändert. Nun ist lediglich eine interne oder personenbezogene Rotation vorgesehen.

Relativ zaghaft ist das Ansinnen, die gesetzlichen Maßnahmen bzgl der Kontrolltätigkeit zu verbessern, ausgefallen. Sinnvolle Maßnahmen wurden durch Ausnahmen de facto wieder aufgehoben. Auch die von den Leitlinien der Europäischen Kommission vorgeschlagene Offenlegung des Vergütungssystems und der Verdienste der Vorstände wurde nicht umgesetzt.

Helmut Gahleitner

Vor dem Hintergrund diverser Bilanzskandale (Parmalat, Enron, WorldCom) hat der Nationalrat im Jänner 2004 die Bundesministerin für Justiz ersucht, Maßnahmen zur Stärkung des Vertrauens in die österreichische Wirtschaft zu erarbeiten. Das im Juni 2005 vom Nationalrat beschlossene Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 (GesRÄG 2005), welches mit 1. Jänner 2006 in Kraft trat, ist das Ergebnis dieses Auftrages. Ziel des Gesetzes ist die Stärkung des Aufsichtsrats und des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin als wichtige Kontrollinstanzen in Kapitalgesellschaften. Die durch das GesRÄG 2005 erfolgten Änderungen im Aktien- und GmbH-Gesetz sowie Empfehlungen von Seiten der EU-Kommission zur Stärkung der *Corporate Governance* führten im abgelaufenen Jahr auch zur Novellierung des Österreichischen *Corporate Governance*-Kodex (CG-Kodex). Der nachstehende Beitrag gibt einen kritischen Überblick über die wichtigsten Änderungen.

Neuregelungen durch das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005

Gesetzliche Rahmenbedingungen, die eine funktionierende Kontrolle im Unternehmen gewährleisten, sind wichtige Voraussetzungen, um so genannte Bilanzskandale mit allen negativen Auswirkungen auf die Ar-

beitsplätze möglichst zu verhindern und etwaigen Schaden für den österreichischen Kapitalmarkt abzuwenden. Freiwillige Selbstverpflichtungen, wie etwa der Österreichische *Corporate Governance*-Kodex für börsennotierte Unternehmen, können gesetzliche Vorschriften ergänzen, sind aber nur bedingt geeignet, die Unternehmenskontrolle weiträumig zu verbessern. So hat die jüngste Untersuchung der Arbeiterkammer Wien gezeigt, dass selbst drei Jahre nach der Einführung des Österreichischen *Corporate Governance*-Kodex nur 48% der insgesamt 78 an der Wiener Börse gelisteten Unternehmen bereit sind, den Kodex anzuwenden⁶⁷. Im Rahmen des GesRÄG 2005 wurden nun einige Empfehlungen des *Corporate Governance*-Kodex ins Aktiengesetz übernommen und folgende Neuregelungen für Aufsichtsrat und AbschlussprüferInnen beschlossen.

Aufsichtsrat

Größe des Aufsichtsrats

Nach der geltenden Regelung besteht der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft aus mindestens drei natürlichen Personen (ohne Arbeitnehmer-VertreterInnen), und es werden abhängig von der Höhe des Grundkapitals zwingend Höchstgrenzen vorgeschrieben⁶⁸. Im GesRÄG 2005 wurden die an das Grundkapital gebundenen Höchstgrenzen der Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern aufgehoben und eine generelle Höchstgrenze von zwanzig Aufsichtsratsmitgliedern eingeführt.

Reduzierung der Kumulation von Aufsichtsratsmandaten

Die Anzahl der Aufsichtsratsmandate, die eine natürliche Person übernehmen darf, wurde in Anlehnung an den CG-Kodex neu geregelt. § 86 Aktiengesetz (AktG) bzw § 30a GmbH-Gesetz begrenzen die Anzahl der zulässigen Aufsichtsratsmandate in Kapitalgesellschaften auf maximal zehn Sitze, wobei die Tätigkeit als Vorsitzender doppelt auf diese Höchstzahl anzurechnen ist. Die Anzahl der Aufsichtsratsmandate bei börsennotierten Aktiengesellschaften ist auf acht beschränkt, wobei hier ebenfalls der Vorsitz doppelt zählt. Es gilt daher, künftig zwei Grenzen bei der Übernahme eines Aufsichtsratsmandats zu beachten, die generelle Höchstzahl sowie die Vorschriften für börsennotierte Gesellschaften.

Die neu geregelte Mandatsbeschränkung für den Aufsichtsrat wird durch die weiterhin geltenden Ausnahmebestimmungen deutlich aufgeweicht. Gemäß § 86 Abs 3 AktG bzw § 30a GmbH-Gesetz können natürliche Personen neben der generellen Höchstzahl von zehn Aufsichtsratsmandaten bis zu zehn zusätzliche Aufsichtsratssitze ausüben, um die wirtschaftlichen Interessen einer Gebietskörperschaft oder eines mit der Gesellschaft konzernmäßig verbundenen oder an ihr unternehmerisch beteiligten Unternehmens zu wahren. Das derzeit geltende „Hausbankenprivileg“ wird durch das „Beteiligungsprivileg“ ersetzt.⁶⁹ Im Rahmen dieses Privilegs kommt es auch nicht zur doppelten Zählung von Vorsitzen, sodass selbst nach In-Kraft-Treten des Gesetzes eine natürliche Person theoretisch in bis zu 15 Aufsichtsräten den Vorsitz übernehmen oder kumulativ – so wie bisher – bis zu 20 Aufsichtsratsmandate auf sich vereinigen könnte. Aufgrund der Aufrechterhaltung der Ausnahmebestimmung wurde das mit der Neuregelung verfolgte Ziel der Beschränkung von Mehrfachmandaten praktisch nicht erreicht. Die neuen Regelungen machen auch eine Handhabung der Bestimmungen nicht einfacher und sind jedenfalls kein Beispiel im Sinne von *Better regulation*.

Verbot der Überkreuzverflechtung und der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern gegen das natürliche Organisationsgefälle im Konzern

Ziel dieser Verbotsregelungen ist es, die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Aufsichtsratsmitgliedern zu stärken. Das Verbot der Überkreuzverflechtung verfolgt dabei den Grundsatz, dass diejenigen, die andere Personen überwachen, nicht ihrerseits von einer der überwachten Personen überwacht werden dürfen.⁷⁰ Es soll demnach verhindert werden, dass Vorstandsmitglieder bzw GeschäftsführerInnen von zwei Kapitalgesellschaften dem Aufsichtsrat der jeweils anderen Kapitalgesellschaft angehören und somit letztlich eine

⁶⁷ Leitsmüller, Heinz 2005. *Corporate Governance-Kodex – Die praktische Anwendung des Kodex an der Wiener Börse 2005*. Wien: Arbeiterkammer Wien, S 14.

⁶⁸ Für die GmbH gibt es keine zwingenden Höchstgrenzen bei der Bestellung von KapitalvertreterInnen in den Aufsichtsrat.

⁶⁹ Aufsichtsratsmandate, die zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen eines Kreditinstitutes ausgeübt wurden, waren privilegiert und wurden nur als ein Sitz gewertet (Hausbankenprivileg). Als unternehmerische Beteiligung gelten Anteile an einer Gesellschaft in Höhe von zumindest 20% des Grundkapitals.

⁷⁰ Semmler, MünchKommAktG, § 100 Rn 37.

wechselseitige Kontrolle stattfindet. Gem § 86 Abs 2 Z 3 AktG gilt, „dass Mitglied des Aufsichtsrats nicht sein kann, wer gesetzliche/r VertreterIn einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört“. Diese zur Stärkung der *Corporate Governance* wichtige Regelung wird allerdings durch eine Ausnahme vom Verbot der Überkreuzverflechtung wieder abgeschwächt. Das Verbot gem § 86 Abs 2 Z 3 AktG kommt dann nicht zur Anwendung, wenn eine der Gesellschaften mit der anderen konzernmäßig verbunden oder an ihr unternehmerisch beteiligt ist. Begründet wird diese Ausnahme in den Erläuterungen des GesRÄG 2005 damit, dass das wirtschaftliche Interesse der die Beteiligung haltenden Gesellschaft eine effiziente Überwachung gewährleistet. Dies widerspricht grundsätzlich der Zielsetzung dieser Vorschrift. Die Ausnahme vom Verbot der Überkreuzverflechtung steht aber auch in einem nicht auflösbaren Spannungsverhältnis zum Verbot der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern gegen das Organisationsgefälle im Konzern (vgl § 86 Abs 2 Z 2 AktG), das ebenfalls im GesRÄG 2005 neu verankert wurde. Danach darf ein gesetzliche/r VertreterIn eines Tochterunternehmens (Vorstand bzw GeschäftsführerIn) nicht Mitglied des Aufsichtsrats des Mutterunternehmens sein und ebenfalls ausgeschlossen ist, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft als Vorstandsmitglied in einer Tochtergesellschaft agiert (vgl § 90 Abs 1 AktG). Wenn das Vorstandsmitglied eines Tochterunternehmens nun aber nicht Mitglied des Aufsichtsrats des Mutterunternehmens sein darf, dann besteht ein gewisser Widerspruch zur Bestimmung betreffend die Ausnahme vom Verbot der Überkreuzverflechtung im Konzern. Allgemein ist daher festzustellen, dass sowohl bei der Neuregelung der Aufsichtsratsbeschränkung als auch bei den genannten Verbotsbestimmungen das Bemühen um eine Verbesserung der *Corporate Governance* aufgrund der Vielzahl von Ausnahmebestimmungen letztlich gescheitert ist⁷¹.

Verpflichtender Prüfungsausschuss (Bilanzausschuss)

Börsennotierte Unternehmen müssen jetzt verpflichtend einen Prüfungsausschuss (alter Wortlaut „Bilanzausschuss“) einrichten, dem auch ein/e Finanzexpert/e/in, der über besondere Kenntnisse und praktische Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen und in der Berichterstattung verfügt, angehören muss (§ 92 Abs 4a AktG)⁷². Mit der Beiziehung eines Finanzexperten/einer Finanzexpertin, der/die natürlich Mitglied des Aufsichtsrats sein muss, sollte sich die Qualität der Bilanzprüfung erhöhen. FinanzexpertInnen haben allerdings keine Sonderstellung im Aufsichtsrat und für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder verringert sich dadurch in keiner Weise die Prüfungsverantwortung. Neu ist weiters, dass Vorsitzende/r des Prüfungsausschusses nicht sein kann, wer in den letzten drei Jahren Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens, leitende/r Angestellter oder AbschlussprüferIn der Gesellschaft war oder den Bestätigungsvermerk unterfertigt hat (§ 92 Abs 4a AktG, §30j Abs 4a GmbH-Gesetz). Der Aufsichtsrat und der Prüfungsausschuss (sofern vorhanden) haben neben dem Jahresabschluss nun verpflichtend auch einen allfälligen Konzernabschluss zu prüfen, womit die Prüfungskompetenz des Aufsichtsrats ausgeweitet wurde (§ 125 Abs 1 AktG, §30k Abs 1 GmbHG). Konkretisiert wurden darüber hinaus die Aufgaben des Prüfungsausschusses.

Wahl/Abberufung des Aufsichtsrats und Ausweitung der zustimmungspflichtigen Geschäfte

Damit die Hauptversammlung in Zukunft besser beurteilen kann, ob eine Person als Mitglied des Aufsichtsrats geeignet ist, sieht der neue § 87 Abs 1a AktG vor, dass die zur Wahl vorgeschlagenen KapitalvertreterInnen ihre fachliche Qualifikation, ihre beruflichen oder sonstigen Funktionen sowie alle Umstände darzulegen haben, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten. Gestärkt wurden auch die Rechte der MinderheitsaktionärInnen. Auf Antrag einer Minderheit von 10% des Grundkapitals hat das Gericht nun ein Aufsichtsratsmitglied abzurufen, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt (§ 87 Abs 5 AktG, § 30b GmbH-Gesetz).

Als weitere Maßnahme zur Stärkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft dient der neue § 95 Abs 5 Z 12 AktG bzw § 30 j Abs 5 Z 10 GmbH-Gesetz . Danach bedarf der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrats, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat

⁷¹ Für GmbHs gilt eine entsprechende Regelung in § 30a GmbH-Gesetz.

⁷² Die geltende Regelung, wonach ein Prüfungsausschuss erst bei einer Größe des Aufsichtsrats von mehr als fünf KapitalvertreterInnen einzurichten ist, bleibt für nicht börsennotierte Gesellschaften aufrecht. Nicht börsennotierte Gesellschaften müssen auch nicht eine/n Finanzexperten/in in den Aufsichtsrat bestellen.

gegenüber der Gesellschaft oder einem Tochterunternehmen zu einer Leistung verpflichten (zB Beratungsverträge) der Zustimmung durch den gesamten Aufsichtsrat, sofern das vereinbarte Entgelt nicht bloß geringfügig ist. Die Erläuterungen stellen hierbei klar, dass ein Entgelt dann regelmäßig geringfügig ist, wenn es sich auf etwa 10% der für die jeweilige Zeitspanne gebührenden Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds beläuft.

AbschlussprüferIn

Neben dem Aufsichtsrat nimmt der/die AbschlussprüferIn als zweite unabhängige Kontrollstelle eines Unternehmens eine zentrale Rolle ein. Maßnahmen zur Stärkung der Unabhängigkeit des/der Abschlussprüfer/s/in verbessern die Qualität der Abschlussprüfung und tragen daher wesentlich dazu bei, Bilanzskandale zu verhindern und das Vertrauen der AnlegerInnen zurückzugewinnen. Die Neuregelungen für AbschlussprüferInnen finden sich im Handelsgesetzbuch (HGB) und betreffen folgende Bereiche:

Auswahl und Beauftragung des Abschlussprüfers

Bereits nach geltender Rechtslage hat der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Vorschlag für die Wahl des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin zu unterbreiten. In Zukunft soll es dem Aufsichtsrat erleichtert werden, einerseits die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin gegenüber der Gesellschaft zu überprüfen, andererseits die Einhaltung von Mindeststandards bei der Abschlussprüfung sicherzustellen. Gemäß § 270 HGB hat der/die AbschlussprüferIn zum Nachweis seiner/ihrer Unabhängigkeit dem Aufsichtsrat eine nach Leistungskategorien (Prüfungs- und Nicht-Prüfungsleistungen) gegliederte Aufstellung über die für das vorangegangene Geschäftsjahr erhaltenen Gesamteinnahmen vorzulegen sowie alle Umstände aufzuzeigen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten (zB Naheverhältnis zum Vorstand). Weiters soll der/die AbschlussprüferIn dem Aufsichtsrat über die Einbeziehung in ein Qualitätssicherungssystem berichten (*Peer-Review-System*). Durch die Informationspflichten des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin kann der Aufsichtsrat noch vor Abgabe seines Vorschlages an die Hauptversammlung auf mögliche Bestellhindernisse reagieren und sicherstellen, dass die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin gewährleistet ist. Nach der Wahl des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin durch die Hauptversammlung obliegt es dann dem Aufsichtsrat dem/der gewählten AbschlussprüferIn bzw der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft den Prüfungsauftrag zu erteilen. Klar gestellt wurde weiters, dass der Aufsichtsrat in Zukunft das Entgelt mit dem Abschlussprüfer/der Abschlussprüferin vereinbart. Diese Regelung soll einerseits mögliche Umgehungen der Unabhängigkeit unterbinden und vor allem die Stellung des Aufsichtsrats gegenüber dem Abschlussprüfer/der Abschlussprüferin stärken.

Ausschlussgründe

Der Katalog der Ausschlussgründe für die Bestellung zum/r AbschlussprüferIn wurde angepasst und durch neue ergänzt. Ausschlussgründe sind:

- Mitwirkung an der internen Revision
- Übernahme von Managementaufgaben
- Mitwirkung bei der Führung der Bücher über die Prüfungstätigkeit hinaus
- Mitwirkung an der Entscheidung über die Auswahl gesetzlicher VertreterInnen oder leitender Angestellter im Bereich Rechnungslegung
- Mitwirkung bei der Erbringung von Bewertungsleistungen oder versicherungsmathematischen Dienstleistungen mit wesentlicher Auswirkung auf den Jahresabschluss
- Anteilsrechte an der geprüften Gesellschaft

Bei börsennotierten Gesellschaften und sehr großen Kapitalgesellschaften (Umsatzerlöse höher als 146 Mio Euro oder Bilanzsumme höher als 73 Mio Euro) umfasst das Verbot auch Rechts- und Steuerberatungsleistungen, die über das Aufzeigen von Gestaltungsalternativen hinausgehen und für den Jahresabschluss wesentlich sind, weiters die Mitwirkung bei der Entwicklung, Installation und Einführung von Rechnungsle-

gungsinformationssystemen und die Unterzeichnung eines Bestätigungsvermerks in fünf Fällen (interne Rotation).

Rotation und Haftungsbestimmungen

Anfang 2006 wäre eine gesetzliche Regelung in Kraft getreten, die verpflichtend eine Auswechslung des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin bzw der prüfenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach einer bestimmten Zeit vorgesehen hätte. Nach der externen Rotation wäre von der Jahresabschlussprüfung einer Gesellschaft ausgeschlossen gewesen, wer die Gesellschaft schon in den dem zu prüfenden Geschäftsjahr vorhergehenden sechs Jahren geprüft hat. Aufgrund massiver Kritik insbesondere von den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften hat das Justizministerium mit dem Hinweis auf die Empfehlung der Europäischen Kommission und auf die Entwicklung in den USA (*Sarbanes-Oxley Act*) die Bestimmung über die externe Rotation noch vor dem In-Kraft-Treten abgeändert. Die Neuregelung sieht nun lediglich eine interne oder personenbezogene Rotation für börsennotierte und sehr große Kapitalgesellschaften vor. Bei der internen Rotation kann die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beibehalten werden, es muss lediglich die Person, die den Bestätigungsvermerk bereits in fünf Fällen gezeichnet hat, für einen Zeitraum von mindestens zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren ausgewechselt werden.

Neu geregelt wurden auch die Haftungsbestimmungen für den/die AbschlussprüferIn. Die unterschiedlichen Betragsgrenzen für leichte und grobe Fahrlässigkeit wurden wieder aufgehoben und einheitliche Haftungshöchstgrenzen für Fahrlässigkeit festgesetzt. Abhängig von der Größe der geprüften Gesellschaft belaufen sich die Haftungshöchstgrenzen zwischen 2 Mio Euro bei der Prüfung von kleinen oder mittelgroßen Gesellschaften und 12 Mio Euro bei der Prüfung von sehr großen Kapitalgesellschaften. Die Haftungshöchstgrenze bei grober Fahrlässigkeit betrug 20 Mio Euro, sodass es durch die Rücknahme des Tatbestandes der groben Fahrlässigkeit zu einer deutlichen Reduzierung der Haftungsbeträge gekommen ist. Die noch im Entwurf zum GesRÄG 2005 enthaltene Einbeziehung der Schäden Dritter, wodurch die Entscheidung des OGH zur Dritthaftung des Abschlussprüfers/der Abschlussprüferin gesetzlich klargestellt werden sollte, findet sich im verabschiedeten Gesetzestext nicht mehr.

Resümee zum Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz

Allgemein ist festzuhalten, dass der Nationalrat in seiner EntschlieÙung vom 29. Jänner 2004 dem Bundesministerium für Justiz den Auftrag erteilte, durch geeignete gesetzliche Maßnahmen die Kontrolltätigkeit im Aufsichtsrat und im Rahmen der Wirtschaftsprüfung zu verbessern. Die nun gesetzten Reformschritte sind relativ zaghaft ausgefallen. Die massive Einflussnahme von Interessengruppen wird in vielen Bestimmungen offensichtlich. Sinnvolle Maßnahmen werden gesetzt und durch Ausnahmebestimmungen de facto gleich wieder aufgehoben (zB Mandatsbeschränkungen im Aufsichtsrat, Verbot der Überkreuzverflechtung). Weitere Beispiele massiver Einflussnahme sind die Verringerung der Haftungsgrenzen für AbschlussprüferInnen bzw Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie die Aufhebung der internen Rotation noch vor dem In-Kraft-Treten im Jänner 2006. Nun liegt es in der Natur von Interessenvertretungen gestaltend auf den Gesetzwerdungsprozess Einfluss zu nehmen. Der Gesetzgeber ist deshalb gefordert im Spannungsverhältnis zwischen notwendigen Reformen und Einzel- bzw Gruppeninteressen einen Ausgleich zu finden. Es wird die Praxis zeigen, inwieweit die getroffenen Maßnahmen zur Verbesserung der *Corporate Governance* beitragen, um die einleitend angesprochenen „Bilanzskandale“ zu verhindern.

Novellierung des Österreichischen *Corporate Governance* Kodex

Grundlage für die Überarbeitung des CG-Kodex waren das GesRÄG 2005 sowie Leitlinien der Europäischen Kommission zur Stärkung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und zur Offenlegung und Kontrolle der Vergütung von DirektorInnen (Vorstände). Anfang 2006 wurde die Neufassung des Kodex veröffentlicht und hervorgehoben, dass mit den beschlossenen Änderungen noch mehr Transparenz geschaffen und die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder gestärkt würde. Es soll anhand der wichtigsten Änderungen geprüft werden, ob der CG-Kodex tatsächlich europäischen Standards gerecht wird:

Vergütung von Vorstandsbezügen

Entsprechend der nichtverbindlichen Leitlinien der Europäischen Kommission sollen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass börsennotierte Unternehmen ihr Vergütungssystem für den Vorstand offen legen und mitteilen, wie viel die einzelnen Vorstände verdienen⁷³. Im Rahmen der allgemeinen Vergütungspolitik sollen Angaben zum relativen Gewicht der fixen und variablen Gehaltsbestandteile, zu leistungsbezogenen Erfolgskriterien und zu den Parametern für jährliche Bonusregelungen oder unbare Leistungen veröffentlicht werden. Bei der Einzelveröffentlichung von Vorstandsbezügen empfiehlt die Kommission folgende detaillierte Angaben:

- Zusammensetzung der Vergütung einzelner Vorstände
- Aktien oder Aktienbezugsrechte, die ihnen gewährt werden
- Beitrag zu zusätzlichen Altersversorgungssystemen
- Kredite, Vorauszahlungen oder Bürgschaften für einzelne DirektorInnen

Im Rahmen des GesRÄG 2005 wurde von einer gesetzlich verankerten Verpflichtung zur Einzelveröffentlichung von Vorstandsbezügen, wie sie etwa in Deutschland vorgesehen ist, ua mit dem Hinweis auf den CG-Kodex Abstand genommen.

Wieviel mehr an Transparenz bringt nun der Kodex? Die Neufassung des CG-Kodex sieht als C-Regel vor, die „Grundsätze“ der Vergütungspolitik von Vorständen betreffend Erfolgsbeteiligung, betrieblicher Altersversorgung und Beendigungsansprüche im Geschäftsbericht zu veröffentlichen⁷⁴. Im Vergleich zu den Leitlinien der Kommission sind die österreichischen Formulierungen besonders weich, und es ist zu erwarten, dass die diesbezüglichen Informationen wenig Aussagekraft haben werden. Es verwundert daher auch nicht, wenn der Management Club im Rahmen einer Mitgliederbefragung feststellt, dass 79% der Befragten die im *Corporate Governance*-Kodex festgelegte Offenlegung der Grundsätze des Vergütungssystems begrüßen⁷⁵.

Die Kommission spricht sich klar für die Offenlegung der Vergütung einzelner Vorstände aus und verweist darauf, dass diese Transparenz von entscheidender Bedeutung ist, um das Vertrauen in die Unternehmen wieder herzustellen. Der gerade novellierte Österreichische *Corporate Governance*-Kodex hält die Einzelveröffentlichung der Vorstandsgehälter lediglich als R-Regel fest, was so viel wie Freiwilligkeit bedeutet, weil die Nichteinhaltung keinerlei Begründung seitens der Gesellschaft erfordert⁷⁶. Trotz der Tatsache, dass im Jahr 2005 laut Untersuchung der Arbeiterkammer (siehe oben) nur 11 von 79 österreichischen börsennotierten Gesellschaften ihre Managementgehälter individuell veröffentlichten, beugte sich der Vorsitzende des Arbeitskreises für den Österreichischen *Corporate Governance*-Kodex, Regierungsbeauftragter Richard Schenz, dem Druck der Industrie und nahm von der Einzelveröffentlichung Abstand. Selbst als R-Regel erfüllt die Bestimmung nicht die Anforderungen der Kommissionsempfehlung, da lediglich empfohlen wird, die fixen und erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteile im Geschäftsbericht zu veröffentlichen. Mit dieser Kodexempfehlung, die in keinsten Weise europäischem Standard entspricht, können die Mitglieder des Management Club sehr gut leben. 62% der befragten Mitglieder halten die im neuen Kodex verankerte freiwillige Empfehlung als ausreichend (siehe oben).

Stärkung der Unabhängigkeit der Aufsichtsräte

In der Stärkung der Präsenz und Stellung unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder in börsennotierten Unternehmen sieht die EU-Kommission eine weitere wichtige Maßnahme zur Wiederherstellung des Vertrauens in die Unternehmen⁷⁷. Die Empfehlung der Kommission fordert unter anderem, dass dem Aufsichtsrat und

⁷³ Empfehlung der Kommission vom 14. Dezember 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften, 2004/913/EG.

⁷⁴ *Comply or Explain* (C): Regel soll eingehalten werden; eine Abweichung muss erklärt und begründet werden, um ein kodexkonformes Verhalten zu erreichen.

⁷⁵ Der Managementclub ist eine österreichische Vereinigung von ManagerInnen und EntscheidungsträgerInnen. <http://www.managementclub.at/db/open/detail.php?id=391&typ=&eid=&land=21&archiv=&backid=0>, heruntergeladen Februar 2006.

⁷⁶ *Recommendation* (R): Regel mit Empfehlungscharakter; Nichteinhaltung ist weder offenzulegen noch zu begründen.

⁷⁷ Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG).

seinen Ausschüssen eine ausreichende Zahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder angehört. Ausschüsse des Aufsichtsrats (zB Nominierungs-, Vergütungs- oder Prüfungsausschuss) sollten mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern besetzt sein⁷⁸. In diesem Zusammenhang wird auch der unmittelbare Wechsel des/der Vorstandsvorsitzenden in den Aufsichtsratsvorsitz als kritisch erachtet.

Der CG-Kodex setzt die Empfehlung der Kommission teilweise um und spricht sich für eine ausreichende Anzahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder aus. Bei Gesellschaften mit einem Streubesitz von mehr als 20% sollte mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats die Kriterien für Unabhängigkeit erfüllen, bei Gesellschaften mit einem Streubesitz von mehr als 50% sollten es nach dem Kodex zumindest zwei sein. Vergleicht man diese Bestimmungen mit der Empfehlung der Kommission, dass Ausschüsse des Aufsichtsrats mehrheitlich von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern zu besetzen sind, so sind die österreichischen Regelungen als wenig richtungsweisend zu bewerten. Es wurde zwar der Anschein gewahrt, und erste Schritte zur Verbesserung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats wurden gesetzt, von einer Umsetzung der EU-Empfehlung blieb man jedoch weit entfernt.

Zukunftsthemen wurden nicht angesprochen

Die Arbeiterkammer wollte die Novellierung des CG-Kodex zum Anlass nehmen, die Unternehmen über eine Empfehlungsregel (R-Regel) zu ermutigen, bei der Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat auf ein angemessenes Verhältnis der Geschlechter zu achten. In Österreich sind bei den börsennotierten Gesellschaften gerade einmal 3% der Vorstandsmandate und 4% der Aufsichtsratsmandate mit Frauen besetzt⁷⁹. In einigen Ländern (Norwegen, Schweden, Schweiz) gibt es bereits gesetzliche oder freiwillige Regelungen mit dem Ziel, das derzeit bestehende Ungleichgewicht abzubauen. Österreich hätte mit einer CG-Empfehlung eine internationale Vorbildwirkung erzielen können. Leider wurde dieses Anliegen ebenso wenig berücksichtigt wie die Forderung der Arbeiterkammer, Nachhaltigkeitsberichte, die auf die ökonomische, soziale und ökologische Verantwortung der Gesellschaft eingehen, durch eine Empfehlungsregel (R-Regel) zu forcieren.

Resümee zum Corporate Governance-Kodex

Das Thema *Corporate Governance* ist nicht nur für den Finanzmarkt Österreich und seine Unternehmen von Interesse, sondern auch für die Stakeholder, und hier insbesondere für die Beschäftigten. Die demokratische Legitimationsbasis einer außergesetzlichen Rechtsetzung (*soft law*), wie sie der *Corporate Governance*-Kodex darstellt, ist wesentlich von einer breiten Interessenrepräsentanz abhängig. Im Österreichischen Arbeitskreis für *Corporate Governance* ist die gesetzliche Interessenvertretung der ArbeitnehmerInnen als ständiges Mitglied nicht zugelassen. Dies ist umso bedenklicher, als der Arbeitskreis von der Bundesregierung eingerichtet wurde. Der überarbeitete Kodex weicht bei den zwei Kernthemen, Transparenz der Vorstandsbezüge und Unabhängigkeit des Aufsichtsrats, deutlich von den EU-Empfehlungen ab. Das überwältigende Lob der Industrie zum neuen Kodex – „eine hervorragende Balance zwischen internationalen Vorgaben und nationalen Spezifika“ – verdeutlicht, wessen „Kind“ der Kodex ist.⁸⁰

2.2.5 Publizitätsrichtlinie

Durch das Publizitätsrichtliniengesetz sollen EU-weit durch moderne elektronische Mittel Unternehmensinformationen rascher und einfacher zugänglich werden. Der Entwurf enthält folgende Bereiche: elektronischer Rechtsverkehr, elektronische Urkundensammlung, elektronische Beglaubigung, kurze unentgeltliche Mitteilungen, fremdsprachige Urkunden, höhere Zwangsstrafen zur Durchsetzung der Vorlage von Jahresabschlüssen. Aus Untersuchungen geht hervor, dass selbst bei Großunternehmen 25% ihrer Offenlegungspflicht nicht nachkommen. Zusätzlich schlägt die Arbeiterkammer einen Hinweis über die Einhaltung der Offenlegungsvorschriften im Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers vor.

Ines Hofmann

⁷⁸ Als unabhängig wird ein Aufsichtsratsmitglied dann bezeichnet, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem/r MehrheitsgesellschafterIn oder deren GeschäftsführerIn steht, die einen Interessenkonflikt begründet.

⁷⁹ Abteilung Betriebswirtschaft (Hg) 2005. Kapitalgesellschaften in Männerhand., Wien: Arbeiterkammer Wien. Online: <http://wien.arbeiterkammer.at/www-2852.html>.

⁸⁰ Longin, Helmut (Präsident des Aktienforums) 2006., In: „Wirtschaftsblatt online“, www.wirtschaftsblatt.at/cgi-bin/page.pl?id=448478, heruntergeladen Jänner 2006.

Mit dem Publizitätsrichtlinie-Gesetz soll die Richtlinie 2003/58/EG zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen umgesetzt werden. Mit dieser Richtlinie sollen gemeinschaftsweit Unternehmensinformationen durch die Heranziehung moderner technischer Hilfsmittel einfacher und rascher zugänglich gemacht und gleichzeitig den Gesellschaften die Erfüllung ihrer Offenlegungspflichten erleichtert werden. In Österreich sind die Vorgaben der Richtlinie bereits weitgehend erfüllt.

Der Begutachtungsentwurf, der vom Justizministerium am 14. Februar 2006 ausgesandt wurde, enthält im Einzelnen folgende Regelungsinhalte:

Elektronischer Rechtsverkehr

Für die Einreichung der Jahresabschlüsse ins Firmenbuch, die schon derzeit elektronisch eingebracht werden können, soll die elektronische Einreichung die Regel werden.

Elektronische Urkundensammlung

Die elektronische Urkundensammlung soll als gesetzlicher Normalfall ausgestaltet werden. Im Laufe des Jahres 2005 wurden die Urkundensammlungen der österreichischen Firmenbuchgerichte bereits schrittweise umgestellt, sodass die neu einlangenden Urkunden nur mehr elektronisch in der Firmenbuchdatenbank gespeichert werden.

Elektronische Beglaubigung

Ferner soll eine beglaubigte verkehrsfähige Version einer elektronischen Abschrift aus der Urkundensammlung beantragt werden können.

Anspruch auf unentgeltliche Mitteilungen aus der Urkundensammlung

Um einen Ausgleich für das unentgeltliche Blättern in der Papierurkundensammlung zu bieten, soll ein Anspruch auf kurze unentgeltliche mündliche Mitteilungen über die Inhalte der Urkundensammlung eingeführt werden.

Fremdsprachige Urkunden

Unternehmen werden in Zukunft zusätzlich zu den deutschsprachigen Urkunden auch fremdsprachige Urkunden (etwa zur Information ausländischer InvestorInnen, Gläubiger) zur Urkundensammlung einreichen können.

Zwangsstrafen zur Durchsetzung der Vorlage von Jahresabschlüssen

Die oft geäußerte Kritik an der mangelnden Durchsetzung der Offenlegungspflicht von Jahresabschlüssen hat auch Anlass dazu gegeben, die Zwangsstrafen zu erhöhen und nach der Unternehmensgröße zu staffeln. Demnach soll bei Kapitalgesellschaften, die ihrer gesetzlichen Offenlegungspflicht nicht nachkommen, eine Zwangsstrafe bis zu maximal 5.000 Euro (alte Regelung: 3.600 Euro) verhängt werden. Bei wiederholten Zuwiderhandlungen ist eine weitere Zwangsstrafe bis zu 10.000 Euro (alte Regelung: 3.600 Euro) vorgesehen. Für mittelgroße Unternehmen verdoppelt sich dieser Höchstbetrag auf 20.000 Euro. Bei großen Unternehmen kann der Höchstbetrag auf das Fünffache (50.000 Euro) angehoben werden.

Position der Arbeiterkammer

Die Arbeiterkammer begrüßt im Allgemeinen die Umstellung auf den elektronischen Rechtsverkehr, da dies sowohl für die Firmenbuchgerichte eine Erleichterung darstellt als auch für die Öffentlichkeit einen einfachen und raschen Informationszugang ermöglicht.

Ebenso wird die Anhebung der Zwangsstrafen zur Durchsetzung der Vorlage der Jahresabschlüsse als sehr positiv bewertet. Allerdings müssten nach Ansicht der Arbeiterkammer noch weitere Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der Offenlegungsvorschriften gesetzt werden.

Warum ist dies ein Anliegen der Arbeiterkammer? Aus internen AK-Untersuchungen geht hervor, dass selbst bei großen Unternehmen (mit mehr als 1.000 Beschäftigten) die Veröffentlichungsmoral schlecht ist. Rund

25% der großen Unternehmen kommen ihrer Offenlegungspflicht nicht nach. Bei kleinen Gesellschaften wird vermutet, dass der Anteil der Nichtoffenlegungen noch wesentlich größer ist. Da den Gläubigern (LieferantInnen, KreditgeberInnen, ArbeitnehmerInnen) von Kapitalgesellschaften nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsvolumen zur Verfügung steht, stellt die Offenlegung einen wesentlichen Bestandteil des Gläubigerschutzes dar. Die Offenlegung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft dient auch der Insolvenzprophylaxe, was sowohl im betrieblichen als auch im öffentlichen Interesse liegt.

Die Arbeiterkammer hat daher im Rahmen des Begutachtungsverfahrens dazu nachfolgende Vorschläge eingebracht:

Hinweis über Einhaltung der Offenlegungsvorschriften im Bestätigungsvermerk

Wie bereits ausgeführt, ist die Prüfung des Jahresabschlusses durch den/die WirtschaftsprüferIn ein wichtiger Bestandteil des Gläubigerschutzes. Es sollte daher im Interesse des/der WirtschaftsprüferIn sein, dass die Ergebnisse der Prüfung (Jahresabschluss einschließlich Bestätigungsvermerk) den Gläubigern offengelegt werden. Die Einbindung des/der WirtschaftsprüferIn im Rahmen der Prüfung der Offenlegung würde seine/ihre Unabhängigkeit betonen und zum Ausdruck bringen, dass er/sie auch den Gläubigern gegenüber verpflichtet ist. Die AK ist überzeugt, dass die Einbeziehung des/der AbschlussprüferIn einen wichtigen Beitrag zur verstärkten Einhaltung der Offenlegungsvorschriften darstellen würde. Die AK fordert daher, den/die AbschlussprüferIn zu verpflichten, die ordnungsgemäße Veröffentlichung des vorangegangenen Jahres- bzw Konzernabschlusses zu überprüfen. Sollte eine ordnungsgemäße Veröffentlichung unterblieben sein, müsste der/die AbschlussprüferIn im Bestätigungsvermerk eine Anmerkung anbringen.

Behandlung im Aufsichtsrat

Zusätzlich sollte die Einhaltung der Offenlegungsvorschriften ebenso im Aufsichtsrat thematisiert werden. Dementsprechend sollte der Aufsichtsrat im Rahmen der Überprüfung des Jahresabschlusses auch auf die Offenlegung eingehen und die Einhaltung in den Bericht an die Haupt- bzw Generalversammlung aufnehmen.

2.2.6 Freie Berufe

2005 wurden einige Gesetze im Bereich der Freien Berufe geändert. Im Bereich des Berufsrechtsänderungsgesetzes und der Gerichtsgebührennovelle kam es zu Anpassungen der Berufsrechte von NotarInnen, RechtsanwältInnen und ZiviltechnikerInnen. Auf einige Zusatzqualifikationen (weiteres Studium, Lehrgänge, Postgraduate, ...) ist im Sinne der Qualitätssicherung darauf Bedacht zu nehmen, was begrüßt wird, nicht gerechtfertigt ist hingegen, dass eine persönliche Nahebeziehung zu der besetzenden Stelle einen wesentlichen Aspekt darstellen soll.

Das Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz und die Änderung des Wirtschaftstreuhänderberufs verbessern die Prüfungstätigkeit von AbschlussprüferInnen. Die Zugangsbestimmungen zum Beruf ZiviltechnikerIn in Österreich zählen zu den restriktivsten in der EU. Bisher war der Zugang auf UniversitätsabgängerInnen beschränkt, nun steht er auch für AbsolventInnen technischer Hochschulen offen.

Ulrike Ginner, Dorothea Herzele

Die EU-Kommission ließ im Jahr 2003 die Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln im Bereich der Freien Berufe in den Mitgliedstaaten der EU-15 untersuchen. Die vom Institut für Höhere Studien (IHS) durchgeführte Vergleichsanalyse zeigt, dass Österreich zu den Ländern mit den restriktivsten Regulierungen zählt, vor allem was den Bereich des Berufszugangs betrifft⁸¹. In vorangegangenen Wettbewerbsberichten der Arbeiterkammer wurde die Studie bereits ausführlich dargestellt und kommentiert⁸².

⁸¹ Paterson, Iain et al 2003. Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States. Study for the European Commission, DG Competition. Wien: IHS.

⁸² Ginner, Ulrike; Herzele, Dorothea 2003. Regulierung der freien Berufe und ihre Folgen. In: Fusionen und Übernahmen Teil 2, Wettbewerbsbericht der Arbeiterkammer Wien. Arbeiterkammer Wien: Wien, 40ff. sowie Ginner, Ulrike; Herzele, Dorothea 2004. Freie Berufe im Lichte der Wettbewerbspolitik. In: Märkte-Wettbewerb-Regulierung Teil 1, Wettbewerbsbericht der Arbeiterkammer Wien, Arbeiterkammer Wien: Wien, 98-100.

Im Jahr 2005 wurden einige Gesetze im Bereich der Freien Berufe geändert. Im Rahmen dieser Novellen wurde zum Teil auch auf die Ergebnisse der IHS Studie reagiert. Im Folgenden werden die gesetzlichen Änderungen für die betroffenen Freien Berufe erläutert und kommentiert: Die Novellen betreffen die Berufsrechte der NotarInnen, RechtsanwältInnen, WirtschaftstreuhänderInnen und ZiviltechnikerInnen.

Berufsrechtsänderungsgesetz – BRÄG 2005 und Gerichtsgebührennovelle 2005 – GGN 2005

Im Zuge dieser beiden Gesetzesnovellen kam es auch zu Anpassungen im Bereich der Berufsrechte von NotarInnen, RechtsanwältInnen und ZiviltechnikerInnen.

§ 6 Abs 3a Notariatsordnung (NO) erleichtert den Berufszugang für NotariatskandidatInnen, die anstelle einer angetretenen Karenz im ersten Jahr eine Teilzeitbeschäftigung ausüben. In § 6 Abs 3 Z 3 war weiters im Entwurf eine Erleichterung (Anrechnung von zwei Jahren anstelle eines Jahres) des Berufszugangs für AbsolventInnen eines Doktoratsstudiums vorgesehen. Diese Bestimmung wurde im BGBl I Nr 164/2005 allerdings nicht mehr umgesetzt, was zu bedauern ist.

In § 11 Abs 3 Z 5 wurde als Kriterium für die Eignung zusätzlich festgeschrieben, dass auch darauf Bedacht zu nehmen ist, ob der/die BewerberIn für eine ausgeschriebene Notariatsstelle ein weiteres Studium oder Post-Graduate-Studium an einer in- oder ausländischen Bildungseinrichtung mit einem akademischen Grad oder einen akademischen Lehrgang abgeschlossen hat, sofern diese Ausbildung für die Ausbildung des Notarberufs dienlich ist. Auch eine MediatorInnenausbildung sowie die Eintragung in die MediatorInnenliste soll Berücksichtigung finden. Diese Zusatzqualifikationen werden als Qualitätssicherungsmaßnahme begrüßt. Für den Berufszugang eher erschwerlich wird die Bestimmung (§ 11 Abs 3 Z 2) angesehen, wonach den Erläuterungen im Stellungnahmeentwurf zufolge die persönliche Nahebeziehung eines Bewerbers/einer Bewerberin zu der zu besetzenden Notarstelle einen wesentlichen Aspekt darstellt und somit entscheidendes Gewicht bei der Eignungsprüfung hat. Diese Bevorzugung ist aber nach Ansicht der AK dann nicht gerechtfertigt, wenn ein/e weiterer BerufsanwärterIn die bessere Qualifikation aufweist.

Im Zuge des BRÄG 2005 wurden auch Regelungen über die elektronische Berufssignatur für NotarInnen, RechtsanwältInnen und ZiviltechnikerInnen erlassen. Die dadurch entstehende Vereinfachung wird begrüßt, soweit die technischen Möglichkeiten ein höchstmögliches Maß an Sicherheit im Hinblick auf den Datenschutz gewährleisten können. Es ist zu erwarten, dass mit der Einführung der elektronischen Signatur am Beginn relativ hohe laufende Fixkosten entstehen werden, die zunächst von den BenutzerInnen getragen werden sollen. In Folge ist aber mit Effizienzen zu rechnen, die an die KonsumentInnen weitergegeben werden müssen.

Im Zuge der Gerichtsgebührennovelle 2005 wurde dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz nach § 37 RAO eine Verordnungsermächtigung dahingehend eingeräumt, dass er die Kriterien für die Ermittlung des angemessenen Honorars festlegen kann. Die Vorgängerbestimmung, eine Richtlinie für die von den RechtsanwältInnen für ihre Leistungen zu vereinbarenden Entlohnungen, wurde auch im Hinblick darauf, dass sie nicht mehr dem freien Wettbewerb dienlich sei, aufgehoben. Am 10. Oktober 2005 wurden die Allgemeinen Honorar-Kriterien (AHK) auf der Homepage des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages kundgemacht. Im Gegensatz zu den bisherigen Autonomen Honorar-Richtlinien (AHR) sehen diese nun keine Mindestsätze mehr vor. Von den Formulierungen eines Regelwerkes wurde ebenfalls abgegangen, sie wurden durch unverbindlichere Kann-Bestimmungen ersetzt.

Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz sowie Änderung des Wirtschaftstreuhandberufes 2005

Im Jahr 2005 kam es im Bereich der WirtschaftstreuhänderInnen zu zwei wesentlichen gesetzlichen Änderungen. Einerseits wurde ein neues Qualitätssicherungsgesetz eingeführt, andererseits wurde das Wirtschaftstreuhandberufsgesetz in einigen Punkten novelliert (BGBl I Nr 84/2005).

Das Qualitätssicherungsgesetz schafft Rahmenbedingungen, um die Pflichtprüfungen von Unternehmen einer externen Qualitätskontrolle zu unterwerfen. Im Konkreten werden die Maßnahmen, die AbschlussprüferInnen und Prüfungsgesellschaften bei der Durchführung dieser Prüfung setzen, kontrolliert. Damit trägt dieses Gesetz zur Verbesserung der Prüfungstätigkeit von AbschlussprüferInnen bei und ist zu begrüßen. Diesem neuen Gesetz liegen der EU-Richtlinienentwurf über die „Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses“ sowie die Änderungen der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349 EWG zu Grunde⁸³. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die in den EU-Richtlinien festgehaltenen Qualitätssicherungsmaßnahmen im österreichischen Gesetz nicht in der vollen Schärfe umgesetzt wurden.

Zum Beispiel ist das Postulat der Unabhängigkeit der externen QualitätsprüferInnen im Gesetz nicht ausreichend verankert. So werden die Mitglieder des wichtigsten Entscheidungsgremiums, nämlich des „Arbeitsausschusses für externe Qualitätsprüfung“ durch die Kammer der Wirtschaftstreuhänder sowie die Vereinigung österreichischer Revisionsverbände bestellt.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Prüfungsintervalle: Der Gesetzesentwurf sah vor, dass sich AbschlussprüferInnen und Prüfungsgesellschaften, die börsennotierte Unternehmen prüfen, alle drei Jahre einer externen Qualitätsprüfung unterziehen müssen. Für AbschlussprüferInnen, die die Pflichtprüfung bei allen anderen Unternehmen durchführen, sollte die Kontrolle nur in einem Intervall von sechs Jahren erfolgen. Dieses lange Prüfungsintervall für den Großteil der AbschlussprüferInnen wurde sowohl von Seiten der Arbeiterkammer als auch von der Finanzmarktaufsicht kritisiert. Im Gesetz wurde dieser Kritik insofern Rechnung getragen, als auch AbschlussprüferInnen, die die Abschlussprüfungen von Kreditinstituten (mit Ausnahme von jenen, die einem Zentralinstitut angeschlossen sind, eine Bilanzsumme von weniger als zwei Milliarden Euro aufweisen und keine Wertpapiere begeben), Versicherungen (mit Ausnahme von kleinen Versicherungsver-einen) sowie Pensionskassen durchführen, dem kürzeren Prüfungsintervall von drei Jahren unterliegen.

Die wichtigsten Änderungen des Wirtschaftstreuhändergesetzes (WTBG) betreffen einerseits Anpassungen des Berechtigungsumfanges der Selbstständigen BuchhalterInnen, andererseits die Schaffung eines direkten Zugangs zur Fachprüfung für WirtschaftsprüferInnen. Mit der letztgenannten Änderung wird zumindest zum Teil auf die Ergebnisse der IHS-Studie aus dem Jahre 2003 reagiert, wonach die österreichischen WirtschaftstreuhänderInnen innerhalb der EU-15 den höchsten Regulierungsgrad beim Berufszugang aufweisen. Allerdings ist immer noch zu bemängeln, dass das WTBG in wesentlichen Punkten ein Standesdenken widerspiegelt, das den Anforderungen des heutigen Wirtschaftslebens nicht gerecht wird. Dieses Denken findet sich vor allem in der Aufteilung der Wirtschaftstreuhänderberufe in insgesamt fünf Berufsgruppen wieder (WirtschaftsprüferInnen, BuchprüferInnen, SteuerberaterInnen, selbstständige BuchhalterInnen sowie gewerbliche BuchhalterInnen). Diese Aufspaltung führt zu Markttransparenz, die den NachfragerInnen den Vergleich der angebotenen Leistungen hinsichtlich Art, Qualität und Preise ungebührlich erschwert.

Die Gesetzes-Novelle wurde auch nicht zum Anlass genommen, um die derzeit rund 1.800 selbstständigen BuchhalterInnen und die rund 2.400 gewerblichen BuchhalterInnen (die in der Gewerbeordnung geregelt sind) in eine Berufsgruppe zusammenzufassen. Dies würde nicht nur die Markttransparenz wesentlich erhöhen, sondern auch zu einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit dieser Berufsgruppe führen. Geändert wurde im Wesentlichen nur der Berechtigungsumfang der selbstständigen BuchhalterInnen. Dies war notwendig, da der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12. März 2004 (G289/02) feststellte, dass die in der Gewerbeordnung verankerte Wertegrenze⁸⁴ (§ 102 Abs 1 GewO) verfassungswidrig sei, da sie die Erwerbsfreiheit einschränke. Damit musste auch die gleichlautende Begrenzung für Selbstständige BuchhalterInnen in § 2 Abs 1 WTBG gestrichen werden.

Beim Berufszugang für SteuerberaterInnen wurden sogar neue Zutrittsbarrieren geschaffen. Bisher wurden hinsichtlich des Nachweises der vorgeschriebenen Praxis von drei Jahren die Tätigkeit als Berufsanwärter-

⁸³ siehe auch in diesem Band 2.2.4 Gahleitner, Corporate Governance.

⁸⁴ Es handelt sich hierbei um eine umsatzmäßige Obergrenze hinsichtlich der Befugnis zu Buchhaltung und Lohnverrechnung.

rInnen bei einem/r WirtschaftstreuhänderIn – also bei einem/r SteuerberaterIn oder einem/r WirtschaftsprüferIn – angerechnet. Diese Möglichkeit wird im neuen Gesetz eingeschränkt: Nun wird die für die Zulassung zur Fachprüfung SteuerberaterIn erforderliche Praxis nur mehr dann angerechnet, wenn sie bei einem/r befugten SteuerberaterIn absolviert wird. Einzig die Möglichkeit für Selbstständige BuchhalterInnen zur Fachprüfung SteuerberaterIn anzutreten wurde gegenüber dem Gesetzes-Entwurf etwas gelockert. Sah der Entwurf noch den Nachweis einer Praxis von zwölf Jahren vor, so wurde dies im Gesetz auf neun Jahre reduziert.

Durch den neu geschaffenen direkten Zugang zur Fachprüfung WirtschaftsprüferIn wurde in einem wichtigen Punkt der Kritik der EU-Wettbewerbskommission an den rigiden Marktzutrittsregeln im Bereich der Wirtschaftstreuhänder Rechnung getragen. Bisher durften nur jene BerufsanwärterInnen zur Fachprüfung für WirtschaftsprüferInnen antreten, die bereits die Steuerberaterprüfung erfolgreich abgelegt hatten. Damit verbunden war ebenfalls als Voraussetzung eine insgesamt sechsjährige Praxis.

Kritisch ist auch die umfassende Delegation von Verordnungskompetenzen auf die Kammer der Wirtschaftstreuhänder (KWT) zu sehen. Dazu zählen unter anderem die Fachprüfungszulassungsverordnungen der SteuerberaterInnen, der WirtschaftsprüferInnen sowie der selbstständigen BuchhalterInnen oder die Diplom- anerkennungsverordnung. Die KWT erhält damit die Möglichkeit, wesentliche Bereiche des Berufszugangs sowohl für Personen aus Österreich als auch jene aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu kontrollieren. Damit hat sie auch die Möglichkeit, den Marktzutritt zukünftiger KonkurrentInnen ihrer Mitglieder zu regulieren.

Änderung des Ziviltechnikergesetzes 1993

Auch die Zugangsbestimmungen zum Beruf des Ziviltechnikers/der Ziviltechnikerin (ArchitektIn oder IngenieurkonsulentIn) in Österreich zählen innerhalb der EU-15 zu den restriktivsten. Die im Herbst 2005 in Kraft getretene Gesetzes-Novelle (BGBl I Nr 137/2005) setzt zwar Schritte in Richtung Öffnung des Berufszuganges. Einige restriktive Bestimmungen bestehen aber immer noch. Positiv ist, dass der Marktzugang erleichtert wurde: Bisher war der Zugang zur freiberuflichen Tätigkeit als ArchitektIn oder IngenieurkonsulentIn nur auf UniversitätsabsolventInnen eingeschränkt. Nun steht diese Möglichkeit auch AbsolventInnen technischer Fachhochschulen offen. Verabsäumt wurde allerdings, die langen Ausbildungszeiten zu reduzieren. Im Durchschnitt betragen die Ausbildungs- und Praxiszeiten immer noch rund elf Jahre. Nach der aktuellen Hochschulstatistik 2003/04 weist das Architekturstudium – neben Kunstgeschichte – mit 17,7 Semester die längste durchschnittliche Studiendauer auf⁸⁵. Damit verbunden ist ein späterer und auch mit höherem finanziellen Aufwand verbundener Berufseintritt. Junge österreichische ArchitektInnen haben damit wesentliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren KollegInnen in den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten.

Besonders kritisch ist das Erfordernis zu sehen, wonach die Praxis „hauptberuflich in einem Dienstverhältnis“ zu erbringen ist. Von ArbeitsrechtsexpertInnen wird diese Bestimmung so interpretiert, dass die zur Verleihung der ZiviltechnikerInnenbefugnis erforderliche Praxis nur dann angerechnet wird, wenn diese Tätigkeit hauptberuflich in einem „arbeitsrechtlichen Dienstverhältnis“, also einem Angestelltenverhältnis absolviert wird. Grundsätzlich tritt die Arbeiterkammer dafür ein, dass reguläre Arbeitsverhältnisse soweit wie möglich gefördert werden. Sie erkennt aber nicht, dass in der Realität ein Großteil der jungen BerufsanwärterInnen nicht mehr regulär angestellt, sondern in Form freier Dienstverträge oder als „Neue Selbstständige“ beschäftigt wird. Diese Personen, die während des Praxiserwerbs ohnehin aufgrund der fehlenden arbeitsrechtlichen Absicherung schwere Nachteile zu tragen haben, auch noch damit zu bestrafen, dass diese Zeiten nicht als Berufspraxis zum Erwerb der Ziviltechnikerbefugnis angerechnet werden, ist daher völlig verfehlt. Mit dieser Bestimmung werden junge AbsolventInnen uU jahrelang von ihrer angestrebten Tätigkeit als freiberufliche ArchitektInnen oder IngenieurkonsulentInnen ausgeschlossen. Dieses Erfordernis führt daher nicht nur zu einer Verschärfung der bisherigen Gesetzeslage (bisher war nur ein Jahr unselbstständige Tätigkeit vorgeschrieben), sondern auch eine Benachteiligung gegenüber BerufskollegInnen aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellt diese Bestimmung nach Ansicht der Arbeiterkammer

⁸⁵ Hochschulstatistik 2003/04, Statistik Austria.

eine äußerst rigide Zutrittsbarriere dar, die den Markteintritt – ausschließlich von österreichischen BerufsanwärtInnen – ungebührlich erschwert.

Derzeit sind in Österreich 6.752 ZiviltechnikerInnen (3.646 ArchitektInnen und 3.106 IngenieurkonsulentInnen) Mitglieder in den Kammern der Architekten und Ingenieurkonsulenten. Auffallend hierbei ist der hohe Anteil der ruhenden Befugnisse: Sowohl bei den ArchitektInnen als auch bei den IngenieurkonsulentInnen beträgt dieser Anteil ein Drittel. Hierfür dürfte es unterschiedliche Gründe geben, ua auch wirtschaftliche Überlegungen: Vor allem junge ZiviltechnikerInnen befinden sich oft in einer schwierigen finanziellen Situation (geringe Auftragslage, hohe Fixkosten, ua auch bedingt durch Beiträge, die für eine aktive Befugnis zu zahlen sind). Diesen jungen, oft hoch engagierten und kreativen ZiviltechnikerInnen könnte der Neu- oder Wiedereinstieg erleichtert bzw ermöglicht werden, wenn sie Aufträge auch während des Ruhens ihrer Befugnis akquirieren dürften. Die tatsächliche Erbringung dieser Leistungen sollte hingegen nur mit aufrechter Bewilligung möglich sein. Dieser Vorschlag der Arbeiterkammer und der Interessengemeinschaft ArchitektInnen wurde im Gesetz nicht aufgenommen. Hingegen ist die neu geschaffene Möglichkeit auch mit einer ruhenden Befugnis an Architekturwettbewerben (Auslobungsverfahren) teilnehmen zu dürfen, positiv zu sehen.

Die Novelle wurde auch nicht zum Anlass genommen, um die Markttransparenz im Bereich der IngenieurkonsulentInnen zu erhöhen. Derzeit werden bei IngenieurkonsulentInnen – je nach Fachgebiet – 40 unterschiedliche Befugnisse vergeben. Diese enorme Anzahl an unterschiedlichen Berufsbezeichnungen ist für die NachfragerInnen – vor allem für (oft uninformierte) KonsumentInnen – kaum nachvollziehbar, dadurch wird ihnen aber auch ein Preis-Leistungsvergleich ungebührlich erschwert.

Nach Ansicht der Arbeiterkammer sind dies alles Reaktionen auf die Ergebnisse der IHS-Studie. Es handelt sich um erste wichtige Schritte, um den Anforderungen der Liberalisierungsoffensive der EU-Kommission begegnen zu können. Weitere Maßnahmen sind aber unumgänglich, um zu vermeiden, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden (Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt) in Anlehnung an die Aufforderung der EU-Kommission wettbewerbsrechtliche Maßnahmen gegen sie ergreifen⁸⁶. In diesem Zusammenhang ist auch die vom Kartellobergericht bestätigte Entscheidung gegen die Honorarordnung der Baumeister (HOB) zu erwähnen⁸⁷. Außerdem hat auch schon die EU-Kommission die „Rute ins Fenster gestellt“: Im September 2005 hat sie einen Follow-up-Bericht zu den Freiberuflichen Dienstleistungen veröffentlicht⁸⁸. In diesem Bericht verweist die Kommission auf drohende Maßnahmen gegen Mitgliedstaaten, die Liberalisierungsschritte verweigern.

2.2.7 Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts⁸⁹

Mit Anfang 2006 tritt ein neues Verwertungsgesellschaftsrecht in Kraft. Das Gesetz stellt eine Zusammenfassung verstreuter Regelungen dar und bringt mehr Transparenz mit sich. Das Aufsichtswesen wird neu gestaltet, es wird einer eigenen Behörde der KommAustria unterstellt, erhält Informationsrechte, ein abgestuftes Sanktionssystem und einen Urheberrechtssenat. Die Monopolstellung wird im Gesetz ausdrücklich verankert.

Sonja Auer-Parzer

Einleitung

Urheberrechte werden in der Regel durch Verwertungsgesellschaften kollektiv wahrgenommen. So übertragen UrheberInnen ihre Werknutzungsrechte an Verwertungsgesellschaften, die ihre Rechte verwalten und

⁸⁶ Siehe in diesem Band 2.1.6 Ginner, Ulrike, Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen.

⁸⁷ Siehe in diesem Band 5.5.1 Reitzner, Rudolf, Honorarordnung der Baumeister.

⁸⁸ http://europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/sec200564_de.pdf Siehe auch in diesem Band 2.1.6 Ginner, Freiberufliche Dienstleistungen.

⁸⁹ Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz 2006 – VerwGesRÄG 2006 (Bundesgesetz vom 13.1.2006, BGBl 9, mit dem ein Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 erlassen wird und mit dem das Urheberrechtsgesetz und das KommAustria-Gesetz geändert werden, in der Folge Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz 2006 genannt.)

dabei an interessierte NutzerInnen gegen Entgelt Lizenzen vergeben. Diese Erlöse gelangen dann an die UrheberInnen zur Verteilung. Daneben sehen aber auch gesetzliche Regelungen oft vor, dass die Wahrnehmung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen für Werknutzungen (zB die Leerkassettenvergütung) nur durch Verwertungsgesellschaften zu erfolgen hat. Verwertungsgesellschaften haben also traditionell eine große Bedeutung.

Verwertungsgesellschaften haben in Österreich in Bezug auf ihren Tätigkeitsbereich Monopolstellung. Den rechtlichen Rahmen für ihre Tätigkeit bilden das österreichische Verwertungsgesellschaftengesetz⁹⁰ als „Stammgesetz“, aber auch das Urheberrechtsgesetz⁹¹ sowie entsprechende Novellen zum Urheberrechtsgesetz⁹².

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen wurden immer wieder wegen Unzulänglichkeiten kritisiert und Reformen dieser Gesetzesmaterie verlangt⁹³. In den Diskussionen rund um eine Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts spielten dabei folgende Themen eine wesentliche Rolle: Staatsaufsicht, Transparenz, Rechte der UrheberInnen gegenüber den Verwertungsgesellschaften, Monopolstellung, Tarifbildung und Streitschlichtungsmechanismen⁹⁴.

Die Stellung von Verwertungsgesellschaften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass mit der Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften eine Machtposition gegenüber den NutzerInnen aber auch gegenüber den Bezugsberechtigten (UrheberInnen/KünstlerInnen) verbunden ist. Verwertungsgesellschaften erbringen Dienstleistungen einerseits gegenüber den bezugsberechtigten UrheberInnen/Kunstschaffenden (durch Wahrnehmung ihrer Rechte), aber andererseits auch gegenüber den NutzerInnen (zB Unternehmen und KonsumentInnen) in Form der Lizenzvergabe. Beide Gruppen sind auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften angewiesen.

Mit ihrer Stellung einer Alleinanbieterin geht allerdings auch die Gefahr des Machtmissbrauchs einher. Wirksame Aufsichtsmechanismen und Regelungen, die ein transparentes Vorgehen der Verwertungsgesellschaft garantieren, können deshalb dieser Gefahr entgegenwirken. Zusätzlich gilt es, für NutzerInnen einen Zugang zu den Lizenzen zu angemessenen Bedingungen zu sichern, aber auch die Stellung des einzelnen Kunstschaffenden gegenüber der Verwertungsgesellschaft als Vertragspartner zu stärken.

Das Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz 2006⁹⁵

Im März 2005 sandte das Bundesministerium für Justiz einen Begutachtungsentwurf für ein neues Verwertungsgesellschaftengesetz aus. Der betreffende Gesetzesentwurf wurde dann – mit einigen Abänderungen – Ende Dezember 2005 im Parlament beschlossen. Mit 1. Juli 2006 tritt somit ein neues Regelwerk zum Verwertungsgesellschaftenrecht in Kraft.

Der Gesetzgeber entschied sich für keine Novellierung des bestehenden Rechtsbestandes, sondern konzipierte ein neues Gesetz, in dem in sechs Abschnitten⁹⁶ folgende Sachthemen geregelt werden:

- Gründungs- und Tätigkeitskontrolle über Verwertungsgesellschaften
- Rechte und Pflichten der Bezugsberechtigten

⁹⁰ Verwertungsgesellschaftengesetz – Bundesgesetz betreffend Unternehmen zur Nutzbarmachung von Vortrags-, Aufführungs- oder Senderechten an Sprachwerken und an Werken der Tonkunst, BGBl 1936/112, in der Folge Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 genannt.

⁹¹ Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, StF: BGBl 1936/111

⁹² BGBl 1980/321 idF BGBl 1986/375, BGBl 1989/612 und BGBl 1996/151

⁹³ so zB Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen 2001. Digitale Wirtschaft. Wien: Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, 75ff und 169. und Helmenstein, Christian et alii 2004. Optimierung der Verwertung von Urheberrechten – Theorie und Praxis der Tarifgestaltung. Wien: IHS.

⁹⁴ Zu den unterschiedlichen Standpunkten vgl zB Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts, Medien und Recht, Beilage zu Heft 2/04.).

⁹⁵ Auf eine detaillierte Darstellung muss in diesem Zusammenhang verzichtet werden, sondern es wird nur auf einige, wenige ausgewählte Punkte eingegangen.

⁹⁶ Insgesamt besitzt das Gesetz sieben Abschnitte.

- Rechte und Pflichten der Zahlungspflichtigen
- Regelungen zu den Gesamtverträgen und Satzungen
- Aufsicht, Behörden und Verfahren

Die Monopolstellung

Bereits durch das Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 kann den Verwertungsgesellschaften de facto eine Monopolstellung zugeschrieben werden. So wird in Österreich eine Betriebsgenehmigung an eine Verwertungsgesellschaft nur dann erteilt, wenn noch keine genehmigte Verwertungsgesellschaft in diesem Bereich tätig ist.

Im neuen Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 wird diese Monopolstellung nun ausdrücklich verankert. Zusätzlich strebt das Gesetz an, die Anzahl der Verwertungsgesellschaften möglichst gering zu halten und Zusammenschlüsse möglichst zu begünstigen. Eine besondere Regelung⁹⁷ schließt Zusammenschlüsse von der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle aus und überträgt die Entscheidung über eine mögliche Untersagung der Aufsichtsbehörde.

Die Staatsaufsicht

Verwertungsgesellschaften unterliegen nach dem Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 der staatlichen Aufsicht des Bundesministers für Unterricht (derzeit Bundeskanzler), wobei die konkreten Aufgaben der Überwachung und die Informationsbeschaffung an StaatskommissärInnen übertragen wurden⁹⁸.

Das Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 beschränkt die Aufsichtspflicht auf die Einhaltung des Verwertungsgesellschaftengesetzes⁹⁹. Die Kosten der Aufsicht sind von den Verwertungsgesellschaften zu ersetzen. Kritik zum Aufsichtssystem des Verwertungsgesellschaftengesetzes 1936 wurde vor allem dahingehend laut, dass das Gesetz den StaatskommissärInnen nicht die nötigen Mittel biete, um ihrer Aufsichtspflicht wirksam nachzukommen. So stehen bei Verstößen nur die Mahnung und der Entzug der Betriebsgenehmigung als Eingriffsmittel zur Verfügung.

Das Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 unterstellt die Aufsicht nun einer eigenen Behörde, der KommAustria, die dem Bundeskanzleramt untersteht. Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde wird dabei organisatorisch von den anderen Tätigkeiten der KommAustria getrennt. Der Aufsichtsbehörde stehen Entscheidungen über die Erteilung und Abgrenzung von Betriebsgenehmigungen zu, sie hat die Einhaltung der Betriebsgenehmigungen zu kontrollieren und kann bei Streitigkeiten zur Vermittlung angerufen werden. Daneben bleibt die Aufsicht jedoch auf die Kontrolle über die Einhaltung der Vorschriften des Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetzes begrenzt. Die Behörde erhält etwas erweiterte Beteiligungsrechte¹⁰⁰.

Erweitert werden die Sanktionsmöglichkeiten, die der Behörde gegenüber der Verwertungsgesellschaft bei Gesetzesverstößen zustehen. Als aufsichtsbehördliche Maßnahmen sieht das Gesetz zunächst ein Weisungsrecht in Form des Bescheides vor („Auftrag“). Bei Nichtbeachtung kann dies die Abberufung des säu-migen Organs zur Folge haben und in bestimmten Fällen zum Widerruf der Betriebsgenehmigung führen. Zur Durchsetzung werden als Zwangsmaßnahmen Geldstrafen vorgeschrieben, die im Einzelfall 10.000 Euro nicht übersteigen dürfen.. Kommt eine „OrganwallerIn“ oder „Beauftragte/r“ den Aufträgen der Aufsichtsbehörde nicht nach, ist diese/r zusätzlich wegen einer Verwaltungsübertretung mit bis zu 10.000 Euro zu bestrafen.

⁹⁷ § 6 Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz.

⁹⁸ Derzeit gibt es zwölf Verwertungsgesellschaften in Österreich, für die jeweils ein/e StaatskommissärIn bzw sein/e StellvertreterIn bestellt wurde.

⁹⁹ So wird zB nicht geprüft, ob gesellschaftsrechtliche oder vereinsrechtliche Vorschriften eingehalten werden.

¹⁰⁰ zB die Möglichkeit, bei der Generalversammlung Erklärungen und Anregungen abzugeben

Neu sind ebenfalls Mitteilungspflichten, denen die Verwertungsgesellschaften gegenüber der Aufsichtsbehörde nachkommen müssen¹⁰¹. Sie sollen die Informationsbeschaffung erleichtern.

Die Verfahren vor der Aufsichtsbehörde bestimmen sich nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz¹⁰² und dem Verwaltungsstrafgesetz¹⁰³. Bescheide der Aufsichtsbehörde können mittels Berufung an den so genannten „Urheberrechtssenat“ bekämpft werden¹⁰⁴. Die Kosten für die Finanzierung der Aufsicht werden nun von Verwertungsgesellschaften und den Nutzerorganisationen (gesamtvertragsfähigen Rechtsträgern) getragen (zum Verteilungsschlüssel vgl § 7 Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz.)

Vorschriften zur Transparenz

Weitergehend als das Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 enthält das neue Gesetz nun Vorschriften, die der Transparenz dienen. Hierbei ist jedoch zwischen jenen Regelungen, die den NutzerInnen (der Öffentlichkeit) zugute kommen, einerseits und jenen gesetzlichen Vorgaben, die nur RechteinhaberInnen als Bezugsberechtigte erfassen und transparenteres Verhalten der Verwertungsgesellschaft garantieren sollen, andererseits zu unterscheiden. Im Wesentlichen handelt es sich bei all diesen Vorgaben um Regeln, die vorschreiben, dass gewisse Dokumente jeweils entweder den NutzerInnen oder nur den Bezugsberechtigten zugänglich gemacht werden sollen.

- Informationspflichten, die nur Bezugsberechtigte erfassen¹⁰⁵, betreffen folgende Dokumente: die Betriebsgenehmigung, Organisationsvorschriften, allgemeine Vertragsbedingungen, Verteilungsregeln, Regeln für Zuwendungen aus sozialen und kulturellen Einrichtungen, Tätigkeitsberichte¹⁰⁶.
- Hinsichtlich der Transparenzbestimmungen zu Gunsten der NutzerInnen sieht das neue Gesetz neben einer Auskunftspflicht¹⁰⁷ vor, dass bestimmte Dokumente auf der jeweiligen Website der Verwertungsgesellschaft bekannt gegeben werden müssen. Diese betreffen das Verzeichnis der Bezugsberechtigten, das Verzeichnis jener Verträge, die die Verwertungsgesellschaft mit ausländischen Gesellschaften abgeschlossen hat, die jeweils geltenden Gesamtverträge und Satzungen¹⁰⁸ und all jene Tarife, für die kein Gesamtvertrag, keine Satzung, keine besondere Vereinbarung gilt (so genannte „autonome Tarife“).

Vorschriften zur Rechnungslegung¹⁰⁹ ergänzen die Regelungen zu Transparenz und Kontrolle. Daneben sieht das Gesetz für die Aufsichtsbehörde eine Verpflichtung vor, in Form eines eigenen Internetauftritts bestimmte Informationen frei zugänglich zu machen.

Streitschlichtungsmechanismen – Errichtung eines Urheberrechtssenates

In der Regel werden Tarife für Werknutzungslizenzen und gesetzliche pauschale Vergütungen (zB Reprografievergütung, Leerkassettenvergütung) in Form von Kollektivverträgen („Gesamtverträgen“) zwischen den NutzerInnenorganisationen und den zuständigen Verwertungsgesellschaften ausverhandelt. Für den Fall einer Nichteinigung sieht das Verwertungsgesellschaftenrechtsgesetz 1936 Streitschlichtungsmechanismen in Form der Einrichtung einer „Schlichtungskommission“ einerseits und einer „Schiedsstelle“ andererseits vor.

Kommt es in bezug auf die Höhe des Tarifs für Werknutzungslizenzen (zB Darbieten von Musik in einer Diskothek) zu keiner Einigung, so kann nach dem Verwertungsgesellschaftengesetz 1936 eine Schiedskommission angerufen werden. Diese wird hinsichtlich ihrer Verfassungskonformität in Frage gestellt. Eine besonde-

¹⁰¹ siehe § 8 Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz, zB Mitteilung über die Änderung der Organisationsvorschriften

¹⁰² Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 1991/51

¹⁰³ Verwaltungsstrafgesetz BGBl 1991/52

¹⁰⁴ Im Verwaltungsstrafverfahren ist als Rechtsmittelinstanz allerdings der Unabhängige Verwaltungssenat zuständig.

¹⁰⁵ § 16 spricht von „Veröffentlichungen“.

¹⁰⁶ Nicht darunter fallen jedoch zB Auskünfte über Verwaltungskosten. Nicht berücksichtigt wird dabei der Gedanke, dass auch potenzielle Bezugsberechtigte ein berechtigtes Interesse an Information haben, um eine Entscheidung treffen zu können, ob sie einen Wahrnehmungsvvertrag mit der Gesellschaft abschließen oder nicht.

¹⁰⁷ Diese bestand teilweise schon nach dem Verwertungsgesellschaftenrechtsgesetz 1936.

¹⁰⁸ Gesamtverträge und Satzungen enthalten in der Regel die zwischen NutzerInnenorganisation und Verwertungsgesellschaft vereinbarten Tarife.

¹⁰⁹ § 19 Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz.

re Schlichtungsstelle besteht im Hinblick auf Leerkassettenvergütungen¹¹⁰. Der so genannten Schiedsstelle kommt die Aufgabe zu, bei Streitigkeiten die angemessene Höhe von Vergütungssätzen festzustellen. Die Schiedsstelle, in deren Entscheidung über die angemessene Höhe von Tarifen aufgrund ihrer Zusammensetzung grundsätzlich die Interessen aller betroffenen Kreise (dh Verwertungsgesellschaften, RechteinhaberInnen, NutzerInnen, aber auch KonsumentInnen, die ja für diese Abgabe aufkommen mussten) einfließen konnte, bestehen verfassungsrechtlich keinerlei Bedenken.

Das neue Gesetz sieht jedoch eine neue Entscheidungsinstanz, den so genannten „Urheberrechtssenat“, vor. Er soll nicht nur die Zuständigkeiten der als verfassungsrechtlich bedenklichen Schiedskommission, sondern auch jene der Schiedsstelle übernehmen. Das Verfahren ist derart angelegt, dass vor einer Entscheidung durch den Urheberrechtssenat noch eine „Schlichtungskommission“ angerufen werden kann. Sie ist dem Vorbild der Schiedskommission nachgebildet, hat keine Entscheidungskompetenz, sondern kann nur einen unverbindlichen Schlichtungsvorschlag erstellen.

Der Urheberrechtssenat wird beim Bundesministerium für Justiz eingerichtet. Neben seiner Entscheidungsbefugnis über die angemessene Höhe von pauschalen Vergütungen und Lizenzentgelten im Falle eines Rechtsstreites ist er auch noch grundsätzlich (Ausnahme: Verwaltungsstrafverfahren) als Rechtsmittelinstanz gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde zu erwähnen¹¹¹.

Der Urheberrechtssenat als kollegiale Verwaltungsbehörde im Sinne des Art 133 Z 4 B-VG weist die Besonderheit auf, dass sie jedoch nur mehr mit Personen besetzt ist, die dem Richterstand angehören.

Beurteilung des neuen Gesetzes

Eine Novellierung des Verwertungsgesellschaftenrechts war jedenfalls überfällig¹¹². Im Konkreten ist festzustellen, dass die Zusammenfassung der bisher sehr verstreut geregelten Vorschriften in ein einheitliches, übersichtlich gegliedertes Gesetz zu verbesserter Übersichtlichkeit und Transparenz in Bezug auf die anzuwendenden Regelungen beiträgt.

Verbesserungen sind auch im Zusammenhang mit der Forderung nach „mehr Transparenz“ festzustellen. Die im neuen Gesetz vorgesehenen Informationspflichten und die Regelungen zur Veröffentlichung von bestimmten Dokumenten leisten jedenfalls einen notwendigen Beitrag zu transparenterem Handeln der Verwertungsgesellschaften als Monopolisten gegenüber den Bezugsberechtigten und gegenüber Unternehmen und KonsumentInnen als NutzerInnen.

Das Aufsichtswesen wird neu gestaltet, die zuständige Behörde mit Informationsrechten ausgestaltet und mit einem abgestuften „Sanktionensystem“ versehen. Relativ weite gesetzliche Vorschriften überlassen der Aufsichtsbehörde weiterhin einen großen Ermessensspielraum, und es wird wohl auch von der Behörde abhängen, wie letztendlich die Kontrolle ausgeübt wird.

Die Tarifbildung wird weiterhin prinzipiell der Privatautonomie unterstellt¹¹³. Ein Kontrollrecht über die angemessene Höhe von Tarifen, das mittels Antrag von den betroffenen Kreisen ausgeübt werden könnte, fehlt im neuen Gesetz. So besteht nur im Falle eines Rechtsstreits die Möglichkeit für die Parteien des Rechts-

¹¹⁰ UrheberInnen haben das ausschließliche Recht, ihre Werke zu vervielfältigen. Das Überspielen eines Musikstücks oder eines Films auf CDs oder Video-Kassetten greift in dieses Recht ein. Das „private“ Überspielen ist grundsätzlich gesetzlich zulässig. RechteinhaberInnen haben jedoch Anspruch auf eine Vergütung, die in Form einer Abgabe beim Erwerb des Trägermaterials, zB der Videokassette von den KonsumentInnen zu leisten ist.

¹¹¹ näheres zu seinen Kompetenzen vgl § 30 Verwertungsgesellschaftenrechtsänderungsgesetz

¹¹² vgl auch Auer-Parzer, Sonja, 2005. Verwertungsgesellschaften. In: Märkte – Wettbewerb – Regulierung. Wettbewerbsbericht der AK 2005. Wien: Arbeiterkammer, 63-66.

¹¹³ „Die Auffindung eines angemessenen Entgelts durch die asymmetrische Marktmacht wird erschwert. Die Preissetzungsspielräume auf Seiten der Verwertungsgesellschaften sind daher unangemessen groß. Die Tarifbildung ist zu wenig an den Entwicklungen der jeweiligen Branchenmärkte orientiert“. (Hanreich, Hanspeter 2004. Reformbedarf: Sicht der Nutzer und Rechteinhaber in Reform des Verwertungsgesellschaftenrechts. In: Medien und Recht, Beilage zu Heft 2/04).

streites den neu eingerichteten Urheberrechtssenat (bestehend aus drei RichterInnen), über die Angemessenheit der Höhe von Vergütungen und Tarifen für Werknutzungen entscheiden zu lassen.

Ziel des Verwertungsgesellschaftengesetzes sollte jedoch vor allem – dies im Hinblick auf die Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften – der Schutz der Rechteinhaberinnen/Kunstschaffenden, der Unternehmen als NutzerInnen, aber auch der KonsumentInnen sein. Die Interessen der Urheberinnen/Kunstschaffenden werden zwar nach außen hin in Bezug auf Lizenzverhandlungen von Verwertungsgesellschaften vertreten. UrheberInnen können jedoch insbesondere im Hinblick auf ihr Vertragsverhältnis zu ihrer Verwertungsgesellschaft ein Interesse auf eine Stärkung ihrer Rechte haben. Das neue Gesetz widmet den Bezugsberechtigten zwar einen eigenen Teil¹¹⁴. Sowohl von der Bundesarbeitskammer als auch einigen Künstlervertretungen wurde jedoch eine stärkere Berücksichtigung der Rechte der UrheberInnen in den gesetzlichen Bestimmungen eingefordert (vgl dazu Stellungnahmen zum Begutachtungsentwurf durch folgende Interessenvertretungen: Gewerkschaft Kunst-Medien-Freie Berufe, „Interessengemeinschaft freie Theaterarbeit“, „Interessengemeinschaft Kultur“, „Übersetzergemeinschaft“, Kulturrat)..

Aus konsumentInnenenpolitischer Sicht ist jedoch zu kritisieren, dass vor allem die Interessen der KonsumentInnen im neuen Gesetz keinerlei Berücksichtigung finden. So werden in der Regel die Kosten für die Lizenzvergabe, aber vor allem auch die Kosten pauschaler Vergütungen auf die KonsumentInnen überwältzt. Ihre Interessen finden bei den Tarifentscheidungen jedoch keine Berücksichtigung. Der Großteil der Entgelte für die Erteilung von Werknutzungsbewilligungen und pauschalen Vergütungen wird zwischen den Verwertungsgesellschaften und den NutzerInnenorganisationen in Form von Gesamtverträgen ausverhandelt. KonsumentenvertreterInnen sind in diesen Verhandlungsprozess nicht einbezogen. Zudem wurde auch die Einrichtung der Schiedsstelle, bei der durch ihre Form der Besetzung sichergestellt war, dass bei der Entscheidung über die Angemessenheit der Höhe einer Leerkassettenvergütung auch die Interessen der KonsumentenvertreterInnen einfließen konnten, abgeschafft.

2.2.8 Und sie bewegt sich doch... – Zur Sittenwidrigkeit unerwünschter Werbeanrufe

Im November 2005 wurde ein Meilenstein in den Entscheidungen zum VerbraucherInnenschutz gesetzt: Die Arbeiterkammer hat zur Sittenwidrigkeit unerwünschter Anrufe vom Obersten Gerichtshof recht bekommen: Unerbetene Telefonanrufe zu Werbezwecken (Cold Calling) sind eine unzumutbare, mit den guten Sitten im Geschäftsverkehr nicht zu vereinbarende Belästigung und stellen einen Verstoß gegen § 1 UWG dar. Weiters ist die Unzulässigkeit von unerbetenen Telefonanrufen auch im § 107 TKG normiert. Auch können sich Unternehmen, die Telefonwerbung gegenüber Personen betreiben, deren Zustimmung nicht vorliegt, nicht auf Dritte (zB Listbroker) ausreden.

Anne Marie Kosesnik-Wehrle¹¹⁵

Im vorjährigen Wettbewerbsbericht der AK Wien (Teil 1) berichtete ich den Verfahrensstand zur Frage, ob unerwünschte Werbeanrufe nicht mehr – grundsätzlich – sittenwidrig seien. Damals lag ein erstinstanzliches Urteil des HG Wien vor¹¹⁶, mit welchem das Begehren der Arbeiterkammer, dem beklagten Versandhandelsunternehmen zu gebieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes zu unterlassen, VerbraucherInnen ohne deren vorherige Zustimmung telefonisch anzurufen, um sie zur Teilnahme an einem von ihr veranstalteten kostenpflichtigen Gewinnspiel zu animieren, abgewiesen wurde. Das Erstgericht war der Argumentation der Beklagten gefolgt, wonach diese die Daten der Angerufenen von einem gewerblich dazu befugten *Listbroker* erhalten hätte, der sich ihr gegenüber dazu verpflichtet hätte, nur solche KundInnen für Werbeanrufe freizugeben, die das notwendige Einverständnis dazu abgegeben hätten. Da sie mit dem *Listbroker* in jahrelanger Geschäftsbeziehung gestanden wäre, ohne dass es bisher irgendwelche Beschwerden wegen mangelnder Einwilligungen zu Werbeanrufen gegeben hätte, hätte sie – nicht zuletzt auch

¹¹⁴ Die Regelungen erfassen neben den schon erwähnten Veröffentlichungspflichten auch Vorschriften zu Wahrnehmungsverträgen, Gegenseitigkeitsverträgen, Verteilungsregeln, sozialen und kulturellen Einrichtungen sowie die Willensbildung in einer Verwertungsgesellschaft.

¹¹⁵ als Klägervertreterin am Verfahren beteiligt

¹¹⁶ 19 Cg 37/03t des Handelsgerichtes Wien

wegen der gewerberechtlichen Befugnis ihres Vertragspartners zum Adressmakeln – davon ausgehen müssen und dürfen, dass die von ihr angerufenen VerbraucherInnen ihre Zustimmung zu Werbeanrufen tatsächlich erteilt hätten. Ein allfälliger Verstoß gegen das Verbot des *Cold calling* gemäß § 107 TKG sei ihr daher subjektiv nicht vorwerfbar.

Die Arbeiterkammer hat gegen dieses Urteil Berufung erhoben; die vielfältigen rechtlichen Überlegungen, die in der Berufung vorgebracht wurden, habe ich im letztjährigen Wettbewerbsbericht dargestellt.

Bereits das OLG Wien ist der Rechtsauffassung der Arbeiterkammer gefolgt und hat ausgesprochen¹¹⁷, dass es keinerlei Anhaltspunkte gibt, dass mit der Bestimmung des § 101 TKG 1997 (nunmehr § 107 TKG 2003) und der Schaffung des Verwaltungsstraftatbestandes¹¹⁸ der Rechtsschutz im Bereich des unlauteren Wettbewerbs hätte eingeschränkt werden sollen. Ein Anruf zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung des Teilnehmers verstößt daher bereits als sittenwidrige Belästigung des/der Angerufenen gegen § 1 UWG, und es ist unerheblich, ob der Tatbestand des § 1 UWG auch deshalb verwirklicht wird, weil der Beklagten ein subjektiv vorwerfbarer Gesetzesverstoß (hier: gegen § 107 TKG) anzulasten ist.

Da der Unterlassungsanspruch kein Verschulden voraussetzt, ist es unerheblich, ob die Beklagte die einzelnen Adressen für die beabsichtigten Anrufe selbst zusammenstellte (und somit die Zustimmung hiezu kontrollieren konnte), oder ob sie sich letztlich nicht kontrollierbares Adressenmaterial via Adressmakler entgeltlich besorgte; die Beklagte hat nämlich die unmittelbare Tathandlung (die unerbetenen Werbeanrufe bei den VerbraucherInnen durch ein von ihr besprochenes Tonband) zu verantworten. Auf welche Weise sie zu den Adressen gelangt, ist irrelevant. Dadurch, dass die Beklagte bei der von ihr gewählten Organisation der Telefonwerbung die besorgten Adressen nicht selbst auf die Zustimmung der Anzurufenden kontrollieren konnte, nahm sie die Gefahr in Kauf, die Privatsphäre der angerufenen TeilnehmerInnen mangels vorheriger Zustimmung zu verletzen.

Gegen dieses Urteil des OLG Wien erhob die beklagte Partei Revision an den Obersten Gerichtshof. Sie führte insbesondere aus, dass sie durch die Besorgung der Adressdaten der Angerufenen von gewerblich befugten Adressmaklern alles ihr Zumutbare unternommen habe, um eine Verletzung des § 107 TKG hintanzuhalten, und dass sie letztendlich von dieser Verletzung auch keine Kenntnis erlangt haben konnte. Damit ging die Revision implizit immer davon aus, dass WerbeanruferInnen ohne vorherige Zustimmung nicht mehr *per se* gegen § 1 UWG verstießen, sondern lediglich Verstöße gegen § 107 TKG darstellten, die nur wenn sie subjektiv vorwerfbar sind, auch einen Verstoß gegen § 1 UWG verwirklichen und damit den Unterlassungsanspruch auch einer KonsumentInnenschutz Einrichtung wie der Arbeiterkammer auslösen.

Dieser Rechtsauffassung hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 192/05 x vom 29. November 2005 eine klare Absage erteilt. Er hat die Revision als zulässig, aber nicht als berechtigt beurteilt:

Zunächst hat der OGH seine jahrzehntelange Judikatur zu unerbetenen Werbeanrufen bekräftigt und festgehalten, dass unerbetene Telefonanrufe zu Werbezwecken, so genanntes *Cold calling* nach ständiger Rechtsprechung eine unzumutbare, mit den guten Sitten im Geschäftsverkehr nicht zu vereinbarende Belästigung darstellen und daher gegen § 1 UWG verstoßen. Weiters konstatierte der OGH, dass seit Inkraft-Treten des Telekommunikationsgesetzes 1997 die Unzulässigkeit unerbetener Telefonanrufe auch ausdrücklich normiert ist (§ 101 TKG 1997, nunmehr § 107 TKG 2003).

Dazu hält der OGH fest, dass §§ 101 bzw 107 TKG dem Schutz der Privatsphäre des/r Angerufenen dient, weil ihm/ihr das subjektive Recht zuerkannt wird, unzulässige Anrufe zu untersagen. Damit wird der Kreis der Klageberechtigten erweitert, weil nunmehr nicht nur die nach § 14 UWG Klagsberechtigten die Unterlas-

¹¹⁷ 2 R 23/05z des Oberlandesgerichtes Wien

¹¹⁸ Dieser Verwaltungsstraftatbestand war eine Neuregelung, im Fernmeldegesetz gab es keine entsprechende Vorgängerbestimmung.

sung unerbetener Werbeanrufe verlangen können, sondern auch der/die TeilnehmerIn selbst einen eigenen Unterlassungsanspruch hat.

Diese bloße Erweiterung der Anspruchsbefugnis kann aber, so der OGH, nicht dazu führen, den Unterlassungsanspruch der nach § 14 UWG Klagsberechtigten von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Als Fall des sittenwidrigen „Anreißens“ begründet die unerbetene Telefonwerbung einen unmittelbaren Verstoß gegen § 1 UWG, der als solcher kein Verschulden voraussetzt.

Für diesen Fall bedeutet das, dass sich die Beklagte nicht darauf berufen kann, ihrem/r Adresslieferanten/in vertraut und nicht gewusst zu haben, dass ihr auch Adressen von Personen geliefert wurden, die nicht eingewilligt hatten, zu Werbezwecken angerufen zu werden.

Der wesentliche Inhalt der Entscheidung 4 Ob 192/05 x lässt sich in dem folgenden Satz aus der Begründung des OGH zusammenfassen: Die Werbeform des *Cold calling* ist unabhängig davon unzulässig, mit welcher Absicht und/oder mit welchem Wissensstand der/die Werbende handelt.

Die Entscheidung 4 Ob 192/05 x ist in dreierlei Hinsicht als Meilenstein in den Entscheidungen zum VerbraucherInnenenschutz durch das UWG zu qualifizieren:

Zum einen hat sie ganz deutlich ausgesprochen, dass sich Unternehmen, die sich der Telefonwerbung bedienen, dann, wenn sie die Telefonwerbung auch gegenüber Personen betreiben, deren Zustimmung dazu nicht vorliegt, nicht auf Dritte ausreden können, die ihnen diese Adressen zur Verfügung gestellt haben. Meines Erachtens muss es unerheblich sein, ob die Adressen (wie im vorliegenden Fall) durch dazu befugte AdressmaklerInnen besorgt wurden, oder ob (ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung 4 Ob 192/05 x nicht zu Grunde, begegnet einem in der Praxis aber immer häufiger) die anrufenden Unternehmen schlicht auf Daten greifen, die ihnen von branchenfremden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Succus der Entscheidung in dieser Hinsicht ist, dass UnternehmerInnen, die KundInnen im Wege der Telefonwerbung gewinnen wollen, zuvor die Zustimmung der Angerufenen zu Telefonwerbung eingeholt haben müssen bzw für das Fehlen dieser Zustimmung, aus welchem Grunde auch immer, einzustehen haben.

Bedeutsam und über den Fall der Telefonwerbung hinausgehend ist diese Entscheidung aber auch deswegen, weil der OGH die Revision der Beklagten mit der Begründung für zulässig erklärt hat, dass keine Rechtsprechung zur Frage bestanden habe, ob das ausdrückliche Verbot eines bisher nach § 1 UWG als sittenwidrig beurteilten Verhaltens eine unmittelbare Beurteilung nach § 1 UWG ausschließe. Der OGH hat seine Überlegungen zur Zulässigkeit der Revision also nicht auf das Verhältnis von § 107 TKG zu § 1 UWG eingeschränkt, sondern den Sachverhalt soweit abstrahiert, dass konsequenterweise in allen Sachverhalten, in denen nach der Judikatur ein Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG besteht, auf die subjektive Vorwerfbarkeit einer Gesetzesverletzung, die durch den Sachverhalt auch verwirklicht wird, nicht mehr abgestellt werden muss. Mir scheint daher der Rechtssatz verallgemeinerbar, dass das nachfolgende ausdrückliche gesetzliche Verbot eines bisher nach § 1 UWG als sittenwidrig beurteilten Verhaltens eine unmittelbare Beurteilung dieses Verhaltens allein nach § 1 UWG nicht ausschließt. Der Vorteil für den/die KlägerIn im Wettbewerbsprozess liegt darin, dass sich der/die Beklagte nicht mit der mangelnden Vorwerfbarkeit des Gesetzesverstoßes aus seiner Unterlassungsverpflichtung „hinausreklamieren“ kann.

Der dritte ganz wesentliche Aspekt der Entscheidung 4 Ob 192/05 x liegt in den Ausführungen des OGH zur von der Beklagten reklamierten mangelnden „wettbewerblichen Spürbarkeit“ des Gesetzesverstoßes, die die Beklagte – in Übereinstimmung mit dem Erstgericht – darin erblickte, dass aus über 30.000 Angerufenen lediglich vier dem Werbeanruf ihre vorherige Zustimmung nicht erteilt hätten¹¹⁹.

¹¹⁹ Nach den Feststellungen wurden bei einer Telefonwerbeaktion der Beklagten 30.838 VerbraucherInnen angerufen, von denen zumindest drei ihre Zustimmung zu Werbeanrufen nicht erteilt hatten; bei der zweiten Telefonwerbeaktion der Beklagten fehlte zumindest bei einem Angerufenen die Zustimmung.

Dieses Argument hatte die Beklagte auch schon in ihrer Berufungsbeantwortung gebracht, und es war bereits vom OLG Wien verworfen worden. Ich möchte zunächst die Überlegungen des OLG Wien dazu darstellen, die primär von einer praktischen Sichtweise geprägt sind:

Das OLG Wien geht davon aus, dass die Telefonwerbeaktion der Beklagten nicht isoliert zu betrachten ist, weil sie seit mindestens fünf Jahren mit den in diesem Verfahren genannten *Listbroker* zusammenarbeitet. Allein im klagsgegenständlichen Verfahren sind zwei Telefonwerbeaktionen der beklagten Partei aktenkundig, wobei sie für die erste 30.838 Adressen verwendete. Dass die Beklagte vom Adressmakler viele tausend Adressen besorgt hat, ohne dass es Beanstandungen gegeben habe, lässt nicht den Schluss zu, dass in allen anderen Fällen die Zustimmung zur telefonischen Werbung zuvor erteilt worden war. Nach der Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass nicht jeder unerbetene und damit unzulässige Werbeanruf zu einer Beanstandung führt, weil die Angerufenen schlicht anderes zu tun haben und auch den Aufwand für eine Beanstandung nicht auf sich nehmen wollen, bzw es unterlassen, weil der/die AnruferIn ohnedies nicht das Vertrauen erweckt, dass eine Beschwerde sinnvoll sein könnte. Letztlich wird sich auch nicht jede/r, der/die sich durch unerbetene Telefonwerbung belästigt fühlt, an KonsumentInnenschutzeinrichtungen, wie die AK, wenden. Aus all diesen Überlegungen könne von einer „bloß unerheblichen“ Nachfrageverlagerung nicht die Rede sein.

Der OGH hat zu diesen lebensnahen und zweifellos zutreffenden praktischen Überlegungen nicht Stellung genommen. Er hat ganz abstrakt ausgesprochen, dass die Rechtsprechung zur mangelnden Spürbarkeit des Wettbewerbsverstoßes bzw zur fehlenden Nachfrageverlagerung¹²⁰ nicht bedeutet, dass zu untersuchen ist, wie sich der Wettbewerbsverstoß tatsächlich ausgewirkt hat. Es kommt vielmehr auf die abstrakte Eignung des Wettbewerbsverstoßes an, den Wettbewerb zu beeinflussen.

Zumindest für das Gebiet der Telefonwerbung ist es nach dem OGH ohne Bedeutung, dass sich nur drei der Angerufenen¹²¹ über die Anrufe beschwert haben, weil die geringe Anzahl der Beschwerden nicht dagegen spricht, dass ein/e UnternehmerIn seine/ihre Wettbewerbsposition keineswegs nur unerheblich verbessert, wenn er/sie Telefonwerbung betreibt, ohne über die Einwilligung der Angerufenen zu verfügen. Er/Sie erspart sich damit nämlich nicht nur zusätzliche Aufwendungen, sondern erreicht von vornherein einen größeren Personenkreis.

Damit ist die Entscheidung 4 Ob 192/05 x auch zu einer „Waffe“ gegen die in Wettbewerbsprozessen von KonsumentInnenschutzeinrichtungen, zumindest seit der Entscheidung Organisationsbeitrag II¹²² regelmäßig auftauchende Argumentation der mangelnden wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeit bzw Nachfrageverlagerung, geworden: Das Abstellen auf die abstrakte Eignung des gesetzwidrigen Verhaltens, eine Nachfrageverlagerung zu bewirken, wird es klagsführenden VerbraucherInnenschutzorganisationen wieder erleichtern, gegen wettbewerbswidriges Verhalten vorzugehen, auch wenn für den klagsgegenständlichen Sachverhalt nur wenige Zeugen zur Verfügung stehen. Damit, dass das UWG nicht zur Regelung von Sachverhalten herangezogen werden kann, die tatsächlich nur einzelne VerbraucherInnen betroffen haben, kann man leben; als ausgesprochen rückschrittlich – immerhin ist der VerbraucherInnenschutzgedanke des UWG seit Jahrzehnten anerkannt – wäre zu bedauern gewesen, wenn regelmäßig auftretende und zumindest in praxi eine Vielzahl von VerbraucherInnen treffende Gesetzesverstöße über das UWG nicht mehr hätten verfolgt werden können, weil es im Einzelfall nicht gelingen mag, eine ausreichende Anzahl an tauglichen ZeugInnen aufzutreiben.

¹²⁰ also die Rechtsprechung, wonach die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbung nicht völlig losgelöst davon beurteilt werden kann, in welchem Ausmaß sie den Wettbewerb beeinflusst, weil es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein kann, gegen jede noch so geringe Nachfrageverlagerung vorzugehen

¹²¹ Der OGH bezog sich mit dieser Ziffer nur auf eine der beiden klagsgegenständlichen Telefonwerbeaktionen der Beklagten.

¹²² 4 Ob 59/03 k.

Die hier geschilderte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 192/05x rückt damit so manches Judikat, das aus der Sicht des KonsumentInnenschutzes zu beanstanden war, wieder in erfreulich verbraucherInnenschutzfreundlichere Bahnen und ist durchaus zu begrüßen.

2.2.9 Brutto- und Nettopreise bei Fluglinien

Seit Anfang 2006 sind auch Fluglinien dem Preisauszeichnungsgesetz unterstellt. Bisher mussten Fluglinien nicht Inklusivpreise angeben. Durch den durch Billigflieger verstärkten Wettbewerb war das zusätzlich notwendig geworden. Die Ersteckung der Bruttopreisauszeichnung auf Luftfahrtunternehmen macht nun auch die praktizierte „weiche“ Auslegung dieser Pflicht zu Gunsten von Reiseveranstaltern bei Pauschalreisen obsolet. Die Vorschrift richtet sich an in- und ausländische Unternehmen und betrifft jede Form der Werbung. Unwägbarkeiten bestehen allerdings im Zusammenhang mit dem e-Commerce-Gesetz.

Jutta Repl

Anfang 2006 sind auch Fluglinien dem Preisauszeichnungsgesetz unterstellt worden. Bis dahin waren Fluglinien nicht verpflichtet Inklusivpreise anzugeben. Heftiger Wettbewerb zwischen den Fluglinien, angeheizt vor allem dadurch, dass Billigflieger auf den Markt drängten, ließ diese Privilegierung in der Werbung wilde Blüten treiben. Blieben anfangs primär Flughafengebühren bei der Preisauszeichnung ausgespart, wurde in weiterer Folge der Ticketpreis völlig skelettiert. Bereinigt, insbesondere um Sicherheitszuschläge und -abgaben und erhöhte Treibstoffpreise, waren „Kampfpreise“ von 29 Euro, 19 Euro oder sogar 1 Euro, aber auch Flüge überhaupt zum Nulltarif keine Seltenheit. Im Endeffekt betrug der tatsächliche Preis immer wieder ein Vielfaches des beworbenen Ticketpreises. Preiswahrheit und -transparenz blieben dabei auf der Strecke. KundInnen wurde es solcherart unmöglich gemacht Preise zu vergleichen. Zudem gilt erfahrungsgemäß, dass KonsumentInnen – einmal durch Tiefstpreise ins Reisebüro gelockt – kaum durch die Eröffnung, dass es diverse Zuschläge auf den Preis gäbe, von der Buchung wieder Abstand nehmen¹²³.

Zudem schaffte diese Ungleichbehandlung von Marktanbietern „verwandter“ Leistungen, nämlich bei Reisebüros bzw -veranstaltern – grundsätzlich Adressaten des Preisauszeichnungsgesetzes und damit zur Angabe eines Inklusivpreises verpflichtet –, Probleme im Wettbewerb und führte in weiterer Konsequenz zu einem Aufweichen des Prinzips der Bruttopreisauszeichnungspflicht: Das BMWA räumte bei der Handhabung dieser Vorschrift den Reiseveranstaltern von Pauschalreisen mit Charter- oder Linienflügen gewisse Erleichterungen ein. Wahlweise war demnach entweder ein Bruttopreis oder ein Nettopreis einschließlich der Umsatzsteuer auszuzeichnen. Beide Preise mussten durch Angabe ihrer veränderlichen Teile in gleicher Schriftgröße und Auffälligkeit ergänzt werden, flankiert vom Hinweis auf die Möglichkeit von Änderungen gerade dieser Preisbestandteile.

Das Preisauszeichnungsgesetz 1992 (PrAG) setzt an der Gewerbeordnung an und erfasst damit nur jene Leistungen, deren Anbieten diesem Regelwerk unterliegt. Für Unternehmen, deren Leistungen der Gewerbeordnung unterliegen, gilt die Pflicht zur Bruttopreisauszeichnung. Luftverkehrsunternehmen unterliegen der Gewerbeordnung nicht, und es existieren für sie auch keine einschlägigen Preisauszeichnungsvorschriften. Mit der jüngsten Änderung des Preisauszeichnungsgesetzes¹²⁴ sind nun Luftverkehrsunternehmen im Sinne des Luftfahrtgesetzes¹²⁵ explizit in den Anwendungsbereich miteinbezogen. Fluglinien haben daher Preise für Flugtickets, die „freiwillig, insbesondere in der Werbung, in Katalogen oder Prospekten“, angegeben werden, nach den Bestimmungen des Preisauszeichnungsgesetzes auszuzeichnen. Damit ist primär die Bruttopreisauszeichnungspflicht nach § 9 Abs 1 PrAG für Fluglinien beachtlich, derzufolge die Preise einschließlich der Umsatzsteuer sowie aller sonstiger Abgaben und Zuschläge darzustellen sind. Sämtliche Preisbestandteile, wie zB Steuern, Flughafengebühren, Sicherheitsgebühren, Treibstoffzuschläge, aber auch

¹²³ vgl dazu auch Hofer Kristina et alii 2002. Preisauszeichnung, Grundlagen und Gesetzestexte, Wien: Wirtschaftskammer Wien, 76 ff

¹²⁴ BGBl I Nr 6/2006: Änderung des Preisauszeichnungsgesetzes 1992

¹²⁵ siehe § 101 Luftverkehrsgesetz

allfällige Bearbeitungs- oder Ausstellungsgebühren¹²⁶ sind einzubeziehen. Die Regelung betrifft reine Flugreisen, also Flugbeförderungen ohne gleichzeitiges Übernachtungsangebot. Die Erstreckung der Bruttopreisauszeichnung auf Luftfahrtunternehmen macht im Übrigen die praktizierte „weiche“ Auslegung dieser Pflicht zu Gunsten von Reiseveranstaltern bei Pauschalreisen obsolet¹²⁷.

Die neuen Vorschriften richten sich gleichermaßen an inländische wie auch an ausländische Unternehmen. Klare Absicht des Gesetzgebers ist es zudem, alle Vertriebswege zu erfassen. Die Erläuterungen zur Änderung des Preisauszeichnungsgesetzes sprechen jede Form von Werbung an; Printmedien, Plakate, Flugblätter und Kataloge sollen demnach ebenso wie das Internet einbezogen werden. Bei der grenzüberschreitenden Werbung im Internet durch ausländische AnbieterInnen tun sich jedoch gewisse Unwägbarkeiten bzw. ein gewisser Interpretationsspielraum auf: Diese resultieren ua daraus, dass gemäß dem e-Commerce-Gesetz (ECG) – speziell Werbung – dem koordinierten Bereich (§ 3 Z 8 ECG) zugewiesen und damit dem Herkunftslandprinzip unterstellt ist. Dem steht eine ausdrückliche Ausnahme vom Herkunftslandsprinzip im § 21 Z 6 ECG für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf VerbraucherInnenverträge gegenüber. Sie schließt sämtliche gesetzliche Informationspflichten insofern mit ein, als sie einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidung zum Vertragsabschluss haben. Ob darunter auch Preisauszeichnungsvorschriften, wie die Pflicht zur Angabe eines Bruttopreises, fallen bzw. welche Informationspflichten überhaupt darunter zu subsumieren sind, lässt sich schwer eingrenzen. Weder Gesetz noch Erläuterungen geben dazu nähere Anhaltspunkte¹²⁸. Auch wenn mit dieser Gesetzesänderung jedenfalls der entscheidende Schritt zu mehr Markttransparenz und zu einer besseren Vergleichbarkeit der Preise bei Flugtickets gesetzt ist, bleibt daher vor diesem Hintergrund eine gemeinschaftsweite Lösung ein weiteres verbraucherInnenpolitisches Ziel.

¹²⁶ Obwohl auch die Erläuterungen fälschlicherweise von „Gebühren“ sprechen, handelt es sich bei diesen Zuschlägen um frei zu vereinbarende Entgelte und keine hoheitlich festgelegten „Gebühren“. Dies sollte auch von den Gewerbetreibenden und Fluglinien so gehandhabt werden, um mögliche Irreführungen auszuschließen.

¹²⁷ Das BMWA hat den Fachverband der Reisebüros der WKÖ darüber informiert, dass damit die Benachteiligung der Reisebüros gegenüber Luftfahrtunternehmen aufgehoben ist und folglich den eingeräumten Erleichterungen bezüglich der Bruttopreisauszeichnung die Grundlage entzogen ist (siehe Schreiben der WKÖ/Fachverband der Reisebüros an alle Fachgruppen zur Aussendung an alle Mitgliedsbetriebe vom 12.1.2006 unter www.reisebueiros.at).

¹²⁸ siehe dazu zB Zankl, Wolfgang 2002. e-Commerce-Gesetz, Kommentar und Handbuch, Wien: Verlag Österreich, 244 ff.

3 ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE

Vera Lacina

3.1 KPMG-Analyse über Fusionen und Übernahmen¹²⁹

Weltweit betrug 2005 das Transaktionsvolumen 2.059 Mrd USD (+19%), auch die Anzahl stieg in ähnlichem Ausmaß auf weltweit 24.806 (November 2005). Hauptbranchen waren Telekom, Finanzdienstleistungen und Immobilien. In Österreich lag der Transaktionswert bei 8,9 Mrd USD und 177 Transaktionen (lt KPMG). Die größten waren MobilTel–Telekom Austria AG, VA Tech–Siemens AG und BA-CA–UniCredit. In der EU wurden insgesamt 313 Zusammenschlüsse bei der Kommission angemeldet. 296 wurden genehmigt, davon 18 unter Auflagen. Nach dem Kartellgesetz wurden in Österreich 462 Zusammenschlüsse angemeldet.

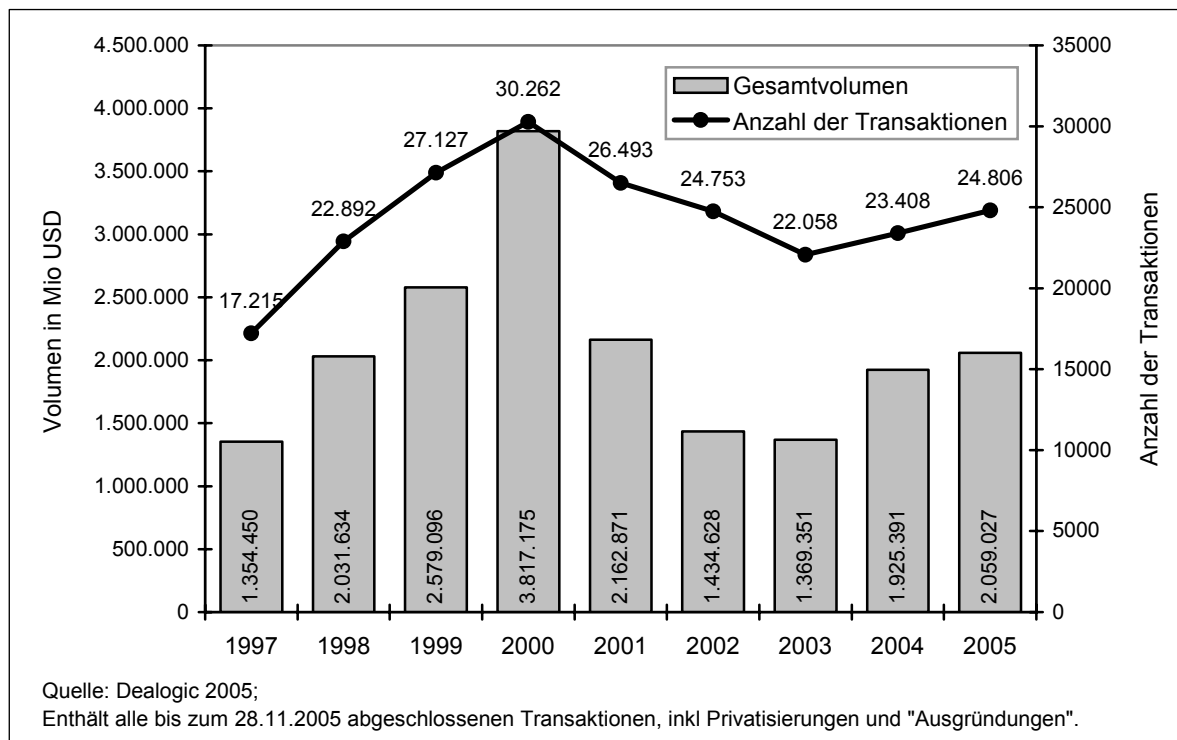
3.1.1 Weltweite Transaktionen

Nach Angaben der KPMG (die Daten stammen von *Dealogic*¹³⁰) ist der weltweite Markt für Fusionen und Übernahmen im Jahr 2005 gegenüber 2004 um fast 19% – auf ein Gesamtvolumen von 2.059 Mrd USD (2004: 1.736 Mrd USD) angestiegen. Während in den USA bei nahezu gleichbleibendem Transaktionsvolumen ein dreiprozentiger Rückgang bei der Anzahl der Fusionen und Übernahmen zu verzeichnen war, gab es im asiatisch-pazifischen Raum – bezogen auf das Volumen – Zuwachsraten von bis zu 50% gegenüber dem Jahr 2004. Die insgesamt am stärksten betroffenen Branchen waren Telekom, Finanzdienstleistungen und Immobilien. Ende November 2005 registrierte KPMG weltweit 24.806 (2004: 20.888) Fusionen und Übernahmen – ein Zuwachs von 18,8% gegenüber dem Jahr davor.

¹²⁹ KPMG Corporate Finance erbringt weltweit unabhängige Investment Banking Leistungen und besteht aus einem globalen Netzwerk von mehr als 1.500 Mitarbeitern in 50 Ländern. KPMG Corporate Finance bietet strategische Beratung und Transaktionsmanagement für Akquisitionen und Verkäufe, Fusionen und Übernahmen, strukturierte und fremdkapitalbasierte Finanzierungen, *Private Equity* Strategien, Börsengänge und Kapitalerhöhungen, *Joint Ventures* und Allianzen und erstellt Bewertungen und Fairness Stellungnahmen. 2004 wickelte KPMG Corporate Finance mehr als 1.700 Deals mit einem Gesamtwert von über 285 Mrd USD ab.

¹³⁰ *Dealogic* ist ein Anbieter von Kundenbeziehungsmanagement, Transaktionsabwicklung und Informationssysteme für die *Investment Banking*-Branche.

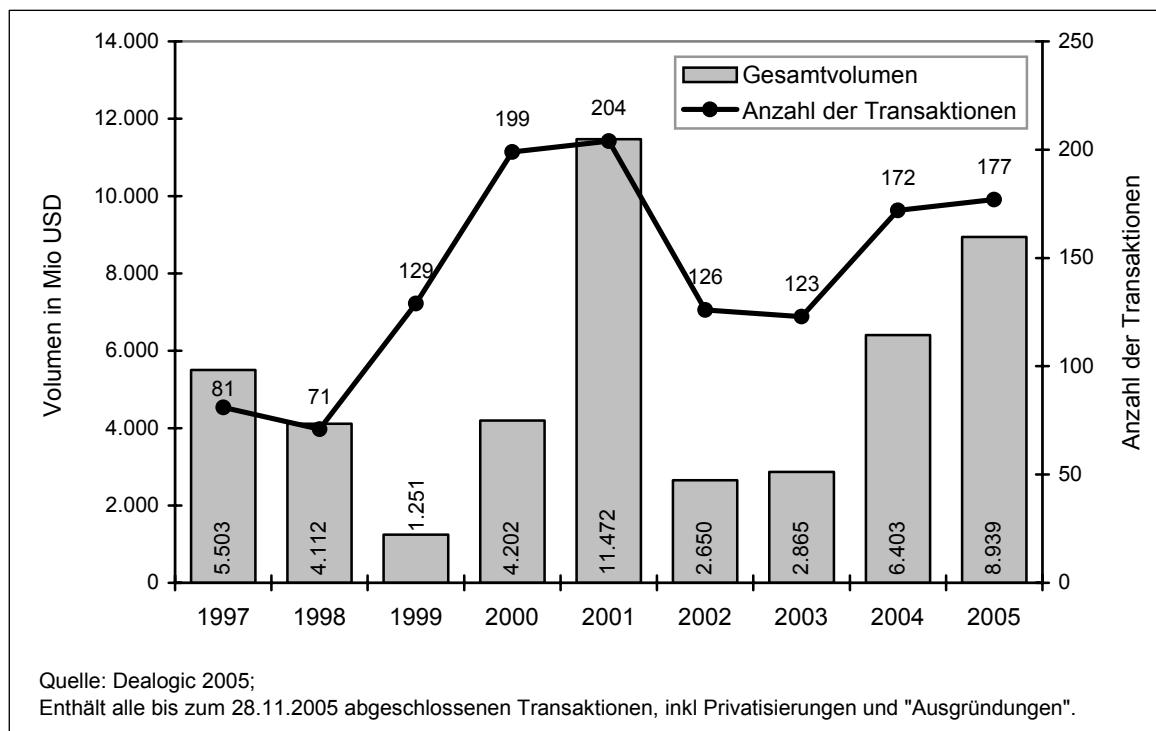
Abbildung 2: Weltweite Fusions- und Übernahmeaktivitäten 1997-2005



3.1.2 Transaktionen in Österreich

Die Analyse der KPMG (Daten von Dealogic) weist mit 177 Transaktionen im Jahr 2005 (2004: 172) auch in Österreich einen Zuwachs der Fusionen und Übernahmen aus. Dieser liegt mit +2,9% allerdings deutlich unter dem Zuwachs der Zahl der beim Österreichischen Kartellgericht angemeldeten Zusammenschlüsse (siehe). Nach KPMG-Angaben lag der Transaktionswert in Österreich bei 8,9 Mrd USD (2004: 6,4 Mrd USD). Dieser beträchtliche Anstieg gegenüber dem Jahr 2004 resultiert nach KPMG-Angaben vor allem aus den Übernahmen der MobilTel durch die Telekom Austria AG, der Investkredit durch die Österreichische Volksbanken AG (größte innerstaatliche Transaktion), der VA Tech durch die Siemens AG und der BA-CA durch die italienische UniCredit (größte Übernahme des Jahres). Die Branchen mit den wertmäßig größten F&Ü-Aktivitäten sind Finanzdienstleistungen, Bauwirtschaft und Immobilien. Nach der Anzahl der Transaktionen führen „freiberufliche DienstleisterInnen“ vor der Computer- und Elektronikbranche, der Bauwirtschaft und der Finanzbranche. Nach vorliegender Analyse liegt das Schwergewicht bei grenzüberschreitenden Transaktionen (71% unter den wertmäßig größten F&Ü; mehr als die Hälfte davon in Osteuropa).

Abbildung 3: Österreichweite Fusions- und Übernahme-Aktivitäten 1997-2005

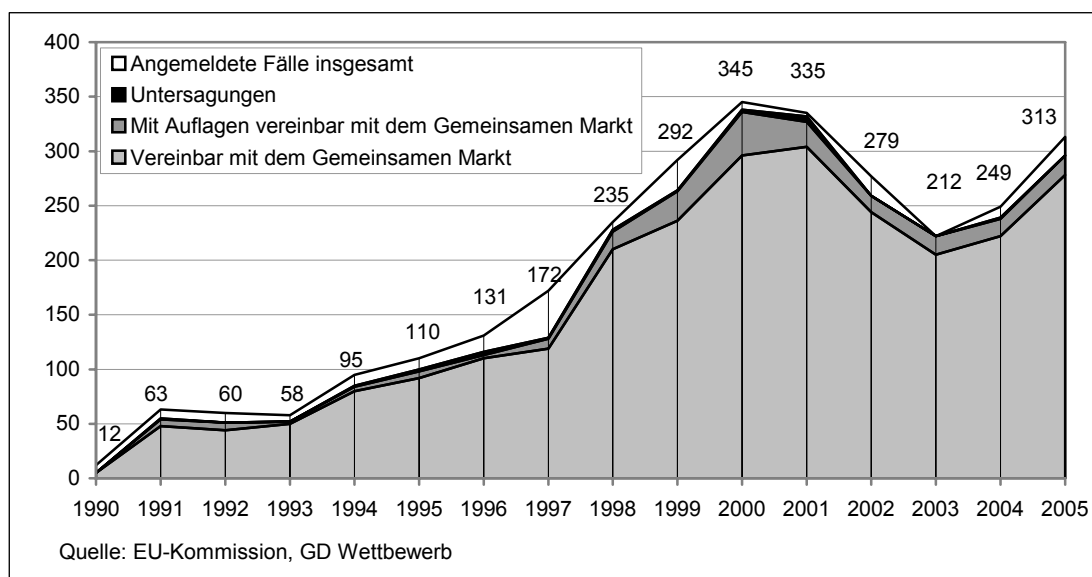


3.2 Entwicklung der Zusammenschlüsse in der EU

Im Jahr 2005 wurden insgesamt 313 Zusammenschlussvorhaben (2004: 249) bei der Europäischen Kommission angemeldet. Damit hat – wie auch im Jahr 2004 – die Fusionstätigkeit weiter zugenommen, und zwar um beachtliche 25,7% gegenüber dem Vorjahr.

296 Zusammenschlüsse (2004: 238) wurden als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigt – davon 18 unter Auflagen (2004: 16). Kein angemeldeter Zusammenschluss wurde in diesem Zeitraum untersagt (2004: eine Untersagung).

Abbildung 4: Entscheidungen der Europäischen Kommission 1990-2005



3.2.1 Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen

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.

DIFA – Deutsche Immobilien Fonds AG – Investkredit Bank AG¹³¹

Die Investkredit Bank AG (Österreich) verkauft Anteile an den Unternehmen ABP Real Estate Investment KFT (Ungarn), M 1 Business Park KFT (Ungarn), Infopark KFT (Ungarn), Olympia Teplice s.r.o. (Tschechische Republik), Olympia Mladá Boleslav s.r.o. (Tschechische Republik), RCP Alfa s.r.o. (Tschechische Republik) und Europolis Technopark s.r.o. (Tschechische Republik) an DIFA – Deutsche Immobilien Fonds AG (Deutschland; Eigentümer: DZ Bank AG – ebenfalls Deutschland). Bis dahin standen diese Unternehmen im Eigentum von Investkredit und EBRD (*European Bank for Reconstruction and Development*; Großbritannien). Mit dem Erwerb der umfangreichen Portfolio-Beteiligung erfolgte jetzt der Markteintritt von DIFA in Tschechien und Ungarn. Die Zusammenarbeit mit Europolis, der Immobiliengesellschaft der Investkredit-Gruppe, bildet die Grundlage für weitere Immobilienakquisitionen der DIFA in den CEE-Ländern. DIFA hat nun eine Beteiligung von 49% an diesen genannten sieben Objektgesellschaften Tschechien und Ungarn erworben.

3M Österreich GmbH – New Magna Investments – I&T Entwicklungs- und Holding AG¹³²

3M Österreich Gesellschaft mbH (Österreich; Eigentümer: 3M Company, USA) und New Magna Investments (Belgien; Eigentümer: Magna International Inc, Kanada) erwerben gemeinsame Kontrolle an I&T Innovation Technology Entwicklungs- und Holding Aktiengesellschaft (Österreich). I&T ist spezialisiert auf die Entwicklung und Produktion von Flachkabeln mit Isolationsmaterialien, die alle Bereiche der modernen Verkabelung in Pkw abdecken können. Das Unternehmen startete 2000 mit nur 2 Mitarbeitern (2005: 118 Beschäftigte) in Räumlichkeiten des Technologiezentrums Eisenstadt, das ihm in der Gründungsphase qualifizierte Unterstützung gab. I&T konzentriert sich vorrangig auf die Entwicklung und Herstellung extrudierter flexibler Flachleiterkabel und Verdrahtungssätze hauptsächlich für Bordnetzanwendungen in der Automobilbranche und hat mit seinen Partnern Magna (Partnerschaft seit 2004) und 3M (Partnerschaft seit 2005) bereits erfolgreich den US-amerikanischen und asiatischen Markt erschlossen.

Österreichische Volksbanken-AG – Investkredit Bank AG¹³³

Die Österreichische Volksbanken-AG (ÖVAG, Österreich) erwarb im Laufe dieses Jahres 100% an der Investkredit-Gruppe. In einem ersten Schritt hatte sie zu Beginn des Jahres die Aktien von BAWAG-PSK, Erste Bank und Wiener Städtische Versicherung übernommen und damit ihren Anteil mit einem Schlag von 4% auf rund 46% aufgestockt. Im Juli hatte die ÖVAG weitere knapp 52% von der Raiffeisen Zentralbank, der Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien und der Bank Austria Creditanstalt gekauft. In der Folge wurde den restlichen Streubesitzaktionären ein Barabfindungsangebot unterbreitet. Die Österreichischen Volksbanken-AG, die mit dieser Übernahme ihre Bilanzsumme beinahe verdoppelt hat (ÖVAG: 23,8 Mrd Euro, Investkredit-Gruppe: 21,5 Mrd Euro), rückt damit zur fünftgrößten Bank in Österreich auf.

Bauholding Strabag SE – Dywidag¹³⁴

Die Europäische Kommission hat den Erwerb von Teilen des insolventen deutschen Bauunternehmens Walter Bau-AG (3.150 Beschäftigte, über 1 Mrd Euro Umsatz) durch das österreichische Unternehmen Bauholding Strabag SE freigegeben. Die Kommission kam zu der Schlussfolgerung, dass die Transaktion wirksamen Wettbewerb im EWR oder einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich behindern würde. Strabag

¹³¹ DIFA / INVESTKREDIT / JV – Entscheidung der Kommission vom 03.02.2005 (Fall COMP/M.3668).

¹³² 3M / MAGNA / I&T / JV – Entscheidung der Kommission vom 28.02.2005 (Fall COMP/M.3698).

¹³³ ÖVAG / INVESTKREDIT – Entscheidung der Kommission vom 15.04.2005 (Fall COMP/M.3706).

¹³⁴ STRABAG / DYWIDAG – Entscheidung der Kommission vom 23.06.2005 (Fall COMP/M.3754).

(33.287 Beschäftigte; Umsatz: rund 6 Mrd Euro), ist weltweit in allen Bereichen des Baugewerbes und insbesondere im Hoch-, Ingenieur- und Tiefbau tätig. Walter Bau bietet Leistungen in den Bereichen Schlüsselfertigbau, Ingenieurbau und Verkehrswegebau an. Strabag übernimmt von Walter Bau laufende Bauprojekte in den Bereichen Hoch- und Ingenieurbau, die in die kürzlich gegründete Dywidag Schlüsselfertig- und Ingenieurbau GmbH eingebracht wurden. Außerdem erwirbt Strabag die Kontrolle des Tiefbauunternehmens Walter Heilit Verkehrswegebau GmbH, der Dywidag International GmbH, der in Österreich tätigen Dyckerhoff & Widmann GesmbH¹³⁵ und der RIB GmbH, die einige laufende Bauprojekte der Walter Bau Tochter Niklas GmbH im Brückenbau fortführt. Gleichzeitig hat die Kommission einem Antrag des deutschen Bundeskartellamts auf Verweisung betreffend die Auswirkungen der Transaktion auf dem Regionalmarkt Hamburg für Asphaltmischgut stattgegeben und an die deutsche Wettbewerbsbehörde verwiesen. Dieses wird den Zusammenschluss betreffend diesen regionalen Markt nun nach nationalem Wettbewerbsrecht untersuchen.

Böhler-Uddeholm AG – Edelstahlwerke Buderus AG¹³⁶

Die Europäische Kommission hat den Erwerb der deutschen Edelstahlwerke Buderus AG (1.700 Beschäftigte; 405 Mio Euro Umsatz) durch das österreichische Unternehmen Böhler-Uddeholm AG (11.800 Beschäftigte, Umsatz: 1,93 Mrd Euro) genehmigt. Verkäufer ist die deutsche Robert Bosch GmbH. Wie Böhler-Uddeholm ist auch Buderus im Spezialstahlsektor tätig. Die Produktionsanlagen von Buderus befinden sich in Deutschland und Frankreich. Etwa ein Drittel des Umsatzes wird mit Stabstahl (Werkzeugstahl und Edelbaustahl) erzielt, aber auch Gesenkschmiedestücke, Warmband und Kaltband sind wesentliche Umsatzträger. Die Kerngeschäftsfelder von Böhler-Uddeholm sind Hochleistungsstähle, Schweißstoffe, Präzisionsbandstahl und Spezialschmiedestücke in Produktionsstandorten in Österreich, Schweden und Brasilien. Mit der bislang größten Übernahme in der Geschichte von Böhler-Uddeholm stärkt der Konzern nicht nur seine Divisionen High Performance Metals, Precision Strip und Special Forgings, sondern setzt auch einen weiteren bedeutenden Schritt in seiner Wachstumsstrategie. Böhler-Uddeholm ergänzt und erweitert durch diese Akquisition seine Produktpalette und baut seine Position in wesentlichen Kernmärkten weiter aus.

Dexia Crédit Local – Kommunalkredit Austria AG¹³⁷

Die französische Dexia Crédit Local (Tochter von Dexia S.A.; Belgien) und Kommunalkredit Austria AG, Teil der Österreichischen Volksbanken AG-Gruppe (ÖVAG), gründen Gemeinschaftsbanken: die Dexia Kommunalkredit Bank AG (Österreich) und die Kommunalkredit Finance a.s. (Tschechische Republik). Die Kommunalkredit gehört zu 50,78% der Investkredit (nun Tochter der Österreichischen Volksbanken AG; siehe oben, Zusammenschluss ÖVAG/INVESTKREDIT) und der französischen Dexia Crédit Local zu 49%, die restlichen 0,22% hält der Österreichische Gemeindebund. Das Institut ist auf Geschäfte mit der öffentlichen Hand spezialisiert und steht vor einer großen Umstrukturierung. Die Zahl der MitarbeiterInnen beträgt 228, die Bilanzsumme lag 2004 bei 14,2 Mrd Euro. In die neue Dexia Kommunalkredit Bank AG bringt die Kommunalkredit, die mit 49,2% beteiligt ist, ihr Osteuropa-Geschäft ein. Mehrheitlicher Eigentümer (mit 50,8%) ist Dexia. Die neue Bank soll 700 MitarbeiterInnen beschäftigen.

Energie-Handels-Gesellschaft mbH – REWE Austria¹³⁸

Die EU-Kommission hat die gemeinsame Übernahme der österreichischen Energie-Handels-Gesellschaft mbH (EHAA) durch die deutsche Energie-Handels-Gesellschaft & Co. KG (EHA) und den Marktführer im österreichischen Lebensmittelhandel, Rewe Austria (ua Billa, Merkur, Bipa), genehmigt. EHA ist zu jeweils 50 Prozent ein Joint-Venture zwischen dem Rewe-Konzern und dem schwedischen Energiekonzern Vattenfall. Der Rewe-Konzern ist über seine Tochter Rewe Austria mit den Marken Billa, Merkur, Mondo, Emma und Bipa in Österreich vertreten. Das neue Joint-Venture EHAA wird als Gas- und Elektrizitätsversorger in Österreich auftreten.

¹³⁵ Die Übernahme von Dyckerhoff & Widmann hat die Strabag dann doch nicht vollzogen.

¹³⁶ BÖHLER-UDDEHOLM / BUDERUS – Entscheidung der Kommission vom 30.06.2005 (Fall COMP/M.3778).

¹³⁷ DEXIA / KOMMUNALKREDIT – Entscheidung der Kommission vom 04.08.2005 (Fall COMP/M.3799).

¹³⁸ EHA / REWE AUSTRIA – Entscheidung der Kommission vom 27.06.2005 (Fall COMP/M.3825).

Gruner+Jahr International Holding GmbH – Vecerniji List d.d. (STYRIA MEDIEN)¹³⁹

Die zum Bertelsmann-Konzern gehörende Gruner+Jahr International Holding GmbH (Deutschland), und Vecerniji List d.d. (Kroatien), Tochterunternehmen der STYRIA MEDIEN-Gruppe (Österreich), gründen ein Gemeinschaftsunternehmen in Kroatien. Das Joint-Venture wird den Partnern zu jeweils 50 Prozent gehören und seinen Sitz in Zagreb haben. Bei der Styria Medien AG erscheinen in Österreich ua die Tageszeitung „Die Presse“, zahlreiche regionale Wochenzeitungen sowie die größte kroatische Tageszeitung „Vecernji List“.

IPIC – OMV Aktiengesellschaft – AMI Agrolinz Melamine International GmbH¹⁴⁰

International Petroleum Investment Company (IPIC, Abu Dhabi, Vereinigte Arabische Emirate) erwirbt von der OMV 50% ihrer Anteile an AMI Agrolinz Melamine International GmbH (Österreich). Damit fokussiert die OMV ihre Aktivitäten auf die drei Kerngeschäfte Exploration und Produktion, Raffinerien und Marketing sowie Erdgas. Die AMI Agrolinz Melamine International GmbH veredelt Erdgas zu hochwertigen Rohstoffen für Landwirtschaft und Industrie. Hauptprodukte sind Melamin und Pflanzennährstoffe. Im Geschäftsbereich Melamin ist AMI Marktführer in Europa und weltweit Nr 2 und nimmt im Bereich Pflanzennährstoffe im Donauraum eine führende Position ein. Zur AMI Gruppe gehören va die AMI Agrolinz Melamine International GmbH mit Standort in Linz, die 100%ige Tochtergesellschaft Agrolinz Melamine International Italia S.r.l. (Italien), die Agrolinz Melamine International Deutschland GmbH und das Großhandelsunternehmen LINZER AGROTRADE GmbH für den Vertrieb von Düngemitteln, Vertriebsgesellschaften in Ungarn, Tschechien und der Slowakei, die Agrolinz Melamine International North America Inc. und in Singapur die Agrolinz Melamine International Asia Pacific Pte Ltd. In der AMI-Gruppe erwirtschaften rund 1.000 MitarbeiterInnen einen Umsatz von 394 Mio Euro.

FIMAG Finanz Industrie Management AG – Ed. Züblin AG¹⁴¹

Das Unternehmen FIMAG Finanz Industrie Management AG (Österreich), das von Hans Peter Haselsteiner kontrolliert wird, erwirbt Kontrolle über das Unternehmen Ed. Züblin AG (Deutschland) durch Aktienkauf. Ende Mai hat FIMAG von der BayernLB den Zuschlag für den knapp 49%-igen Anteil an der profitablen, auf den Tunnel- und Ingenieurbau spezialisierten Züblin erhalten. Der Anteil war von dem insolventen Baukonzern Walter Bau an die Landesbank verpfändet worden. Um die Züblin-Beteiligung hatte sich auch die Stuttgarter Unternehmerfamilie Lenz mit Hilfe von Partnern beworben und dafür Unterstützung der baden-württembergischen Landesregierung erhalten. Die Familie kontrolliert bereits 43% an Züblin. Strabag (Eigentümer: Bauholding-Konzern; Haselsteiner), der bereits knapp 5% an Züblin gehörten, hält nun mit 53,6% die Aktienmehrheit. Sie kommt zusammen mit Züblin auf die größte Bauleistung auf dem deutschen Markt, noch vor der Essener Hochtief. Einschließlich des bei Hochtief dominierenden internationalen Geschäfts bleiben die Essener aber der größte deutsche Baukonzern.

Mobilkom Austria AG & Co KG – ONE GmbH – Paybox Austria AG¹⁴²

Mobilkom Austria AG & Co KG verkauft ein Sechstel ihres Anteils an Paybox Austria AG an ONE GmbH (Österreich), die dem deutschen E.ON-Konzern angehört. Paybox Austria AG steht zurzeit im Alleineigentum von Mobilkom Austria. Diese ist mit einem Marktanteil von knapp 40% führender Mobilfunkbetreiber Österreichs. Das Unternehmen erwirtschaftete mit rund 2.300 MitarbeiterInnen im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von 1.678,7 Mio Euro. Mobilkom Austria steht zu 100% im Besitz der Telekom Austria, die an den Börsen Wien und New York notiert ist. ONE erwirtschaftet mit 900 MitarbeiterInnen einen Umsatz von 705 Mio Euro, der Marktanteil beträgt 20 Prozent. Paybox ermöglicht Zahlungen per Handy abzuwickeln. Die Vertragskunden von Mobilkom und ONE sollen dann die *M-Commerce*-Dienste des jeweils anderen Netzbetreibers und der Paybox nutzen und via Handyrechnung bezahlen können. *Prepaid-User*, Nutzer eines Firmenhandys und Kunden anderer Netzbetreiber können Paybox nur verwenden, wenn ihr Wohnsitz im Inland liegt und sie eine Einzugsermächtigung von ihrem Konto bei einer österreichischen Bank erteilen.

¹³⁹ G+J / STYRIA MEDIEN / JV – Entscheidung der Kommission vom 29.07.2005 (Fall COMP/M.3850).

¹⁴⁰ IPIC / OMV / JV – Entscheidung der Kommission vom 01.08.2005 (Fall COMP/M.3854).

¹⁴¹ FIMAG / ZÜBLIN – Entscheidung der Kommission vom 14.10.2005 (Fall COMP/M.3864).

¹⁴² MOBILKOM AUSTRIA / ONE / PAYBOX – Entscheidung der Kommission vom 21.11.2005 (Fall COMP/M.3976).

OMV Aktiengesellschaft – Aral ČR a.s.¹⁴³

OMV Aktiengesellschaft (Österreich) erwirbt die alleinige Kontrolle über Aral ČR a.s. (Tschechische Republik) und damit 70 Aral-Tankstellen in Tschechien. Die Zahl der OMV-Tankstellen im nördlichen Nachbarland erhöht sich durch die Akquisition von 146 auf 216. Zum Netz gehören dort in Zukunft 35 Tankstellen an Autobahnen und Schnellstraßen sowie in Summe 38 Tankstellen im Ballungszentrum Prag. Die OMV ist vor allem in der Exploration, Produktion, Verarbeitung und Distribution von Mineralölprodukten tätig. Außerdem betreibt das Unternehmen ein Tankstellennetz (Markennamen: OMV, AVANTI und Stroh). Die weiteren Geschäftsfelder sind Chemieindustrie und Exploration sowie Distribution von Erdgas. In Tschechien betreibt die OMV bisher nur ein Tankstellennetz mit 146 Tankstellen und Großhandel mit Benzin, Diesel und anderen Mineralölprodukten. Bisher gehörte Aral ČR zum BP-Konzern.

G+J International Publishing Holding GmbH – Sanoma Magazines International B.V.¹⁴⁴

G+J International Publishing Holding GmbH (Österreich), die zur Bertelsmann-Gruppe gehört und Sanoma Magazines International B.V. (Niederlande; gehört zur Sanoma WSOY-Gruppe) erwerben gemeinsame Kontrolle über Burda d.o.o. (Slowenien), Burda National d.o.o. (Kroatien), Izdavacka Kuca Burda d.o.o. (Serbien-Montenegro), Adria Magazin d.o.o. (Kroatien), Sanoma Magazines Zagreb d.o.o. (Kroatien) und Sanoma Magazines SMG d.o.o. (Serbien-Montenegro), über ein neu geschaffenes Joint-venture in Österreich. Sanoma Magazines International, Gruner + Jahr und Styria wollen ihre Aktivitäten in der Adria-Region zusammenschließen, Styria wird lokaler Partner des Joint Ventures. Derzeit gibt Sanoma Magazines International Magazine in Kroatien und Serbien/Montenegro heraus. Gruner + Jahr und Styria betreiben gemeinsame Geschäfte in Kroatien (siehe auch oben G+J/STYRIA MEDIEN/JV). Noch vor Gründung des Gemeinschaftsunternehmens will Gruner + Jahr sämtliche Magazingeschäfte der Hubert Burda Media Gruppe in Kroatien, Serbien/Montenegro und Slowenien übernehmen. Diese Geschäfte werden in die neue Partnerschaft eingebracht. Das Gemeinschaftsunternehmen wird Adria Magazines Holding (AMH) heißen. An diesem neuen Joint Venture werden Sanoma Magazines International und Gruner + Jahr jeweils 50% der Anteile halten. AMH soll ihre Geschäfte planmäßig im Frühjahr 2006 aufnehmen. Das Joint Venture und seine Tochterfirmen werden rund 275 MitarbeiterInnen beschäftigen. AMH wird lokale Tochterunternehmen in Zagreb (Kroatien), Belgrad (Serbien/Montenegro) und Ljubljana (Slowenien) betreiben. Styria wird Partner des Joint-Ventures und wird Anteile an den lokalen AMH-Töchtern halten (Kroatien und Slowenien je 25%, Serbien/Montenegro 10%).

Siemens – VA Tech¹⁴⁵

Miron Passweg

Der Privatisierungsplan der im Jahr 2003 angetretenen Bundesregierung schreibt unter anderem die vollständige Privatisierung der VA Technologie AG vor. Im Rahmen der ao ÖIAG-Hauptversammlung am 17. September 2004 erfolgte schließlich noch eine Konkretisierung des Privatisierungsauftrages der Bundesregierung hinsichtlich der VA Tech. Demnach sollte ua das Unternehmen eine österreichische Kernaktionärsstruktur behalten, die Entscheidungszentrale sowie die Arbeitsplätze in Österreich aufrechterhalten und die Einheit des Unternehmens gewahrt bleiben.

Die Geschichte der Privatisierung der VA Tech ist lang und vor allem sehr chaotisch:

Im Mai 2003 verkaufte die voestalpine AG ihr gesamtes Aktienpaket von 19,05% an der VA Tech an eine Investorengruppe um den österreichischen Industriellen Mirko Kovats. Am 8. August 2003 verkaufte die ÖIAG über die Deutsche Bank 1,37 Mio VA Tech-Aktien („4 Sekunden-Deal“). Der ÖIAG-Anteil reduzierte sich von 24% auf 15%. Die Gruppe Kovats, die über die „Victory Industriebeteiligung AG“ 19,05% hielt, wurde damit zum Hauptaktionär der VA Tech (Kovats bezeichnete sich als „Kernaktionär“). Nach dem gescheiterten Übernahmeversuch der VA Tech durch Siemens im September 2004 zog sich der Siemens-Konzern vorerst zurück. Im November erwarb Siemens Österreich den gesamten Anteil von Kovats an der VA Tech

¹⁴³ OMV / ARAL ČR – Entscheidung der Kommission vom 21.12.2005 (Fall COMP/M.4002).

¹⁴⁴ G+J / SANOMA / JV – Entscheidung der Kommission vom 02.02.2006 (Fall COMP/M.4080).

¹⁴⁵ SIEMENS / VA TECH – Entscheidung der Kommission vom 13.07.2005 (Fall COMP/M.3653).

und hielt damit 16,45%. Nachdem die Übernahmekommission die Sperrfrist am 12. November aufhob, legte Siemens abermals ein Übernahmeangebot (von 55 € je Aktie). Der ÖIAG-Vorstand erklärte sich sofort bereit, den gesamten ÖIAG-Anteil von 14,7% an Siemens zu diesem Preis verkaufen. Das Offert wurde allerdings von ursprünglich 55 auf 65 Euro pro Aktie nachgebessert, womit die ÖIAG einen Privatisierungserlös von 146,25 Mio Euro erzielte. Bis zum Ende der Nachfrist für die Annahme des Angebots (25. Februar 2005) bekam Siemens 97,15% der Anteile an der VA Tech angeboten. Am 13. Juli 2005 erteilte die EU-Kommission Siemens die Freigabe zur Übernahme der VA Tech. Der Übernahmepreis betrug etwa 1 Mrd Euro. Die EU-Wettbewerbsbehörde hat aus Wettbewerbsgründen einer Fusion des Wasserkraftgeschäfts mit Siemens nicht zugestimmt, womit klar wurde, dass die Einheit des Unternehmens (wie im Privatisierungsauftrag vorgeschrieben) nicht gewahrt bleiben kann.

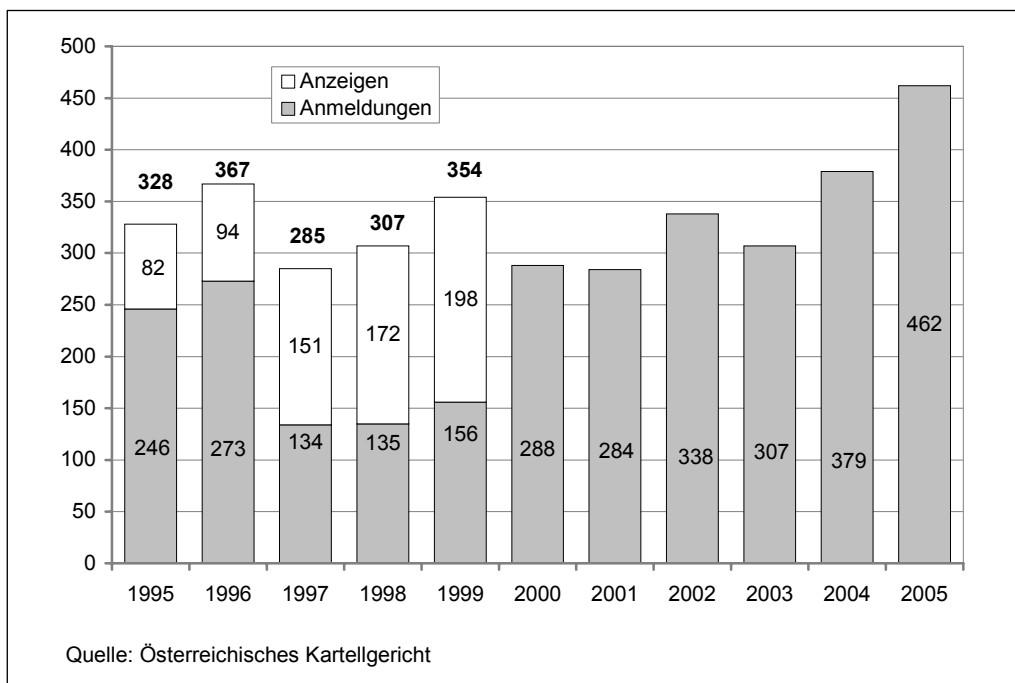
Siemens kündigte an, die gesamte Energieerzeugungssparte der VA Tech (VA Tech Hydro) zu verkaufen. Per 13. Februar 2006 blieben nur zwei verbindliche Angebote über: Die Andritz AG und die Cross-Gruppe (KTM) um Pierer und den ehemaligen steirischen Landesrat Paierl.

3.3 Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich

Ulrike Ginner, Vera Lacina

In Österreich war im Jahr 2005 – wie auch in der Europäischen Union – wieder ein Anstieg der Zusammenschlüsse zu verzeichnen. Angemeldet wurden insgesamt 462 (2004: 379) Zusammenschlüsse nach § 24a KartG, das sind um 83 (bzw 21,9%) mehr als im Jahr davor. Davon fielen in den Bereich Medien 26 Zusammenschlüsse. Es wurden 18 Prüfungsanträge eingebracht – genauso viel wie im Jahr davor.

Abbildung 5: Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich 1995 – 2005¹⁴⁶



¹⁴⁶ Die Informationen wurden uns dankenswerterweise von Senatspräsident Dr Hermann zur Verfügung gestellt.

4 WETTBEWERBSAKTIVITÄTEN DER ARBEITERKAMMER WIEN

4.1 Österreich

4.1.1 Preiserhebung bei Grazer Fahrschulen

Die Arbeiterkammer ließ erheben, inwieweit die Untersuchungen der Bundeswettbewerbsbehörde und des Kartellgerichts wegen verbotener Preisabsprachen bei Grazer Fahrschulen Auswirkungen auf die Preise hätten. Der Test ergab, dass die Preise deutlich gesunken sind – von 1.140 Euro auf durchschnittlich 838 Euro.

Dorothea Herzele

Im November 2005 ließ die Arbeiterkammer die Preise für die B-Führerscheinausbildung bei Grazer Fahrschulen erheben. Dahinter stand die Frage, inwieweit sich die wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen wegen verbotener Preisabsprachen zwischen Grazer Fahrschulen durch die Bundeswettbewerbsbehörde und das Kartellgericht auf die Preise der Führerscheinausbildung in Graz ausgewirkt haben¹⁴⁷.

Der Preistest, durchgeführt vom Marktforschungsunternehmen Kreutzer, Fischer & Partner zeigte, dass die Preise zum Teil deutlich gesunken sind¹⁴⁸. Für die erste Ausbildungsphase ergab sich im Herbst 2005 ein Durchschnittspreis von 838 Euro. Im Mai 2004 waren hingegen noch fast einheitlich 1.140 Euro verlangt worden. Der Preis ist daher um rd 26,5% gesunken.

Der Gesamtpreis für die Ausbildung im Rahmen des Mehrphasenführerscheins, der sich aus den Kosten für die erste und zweite Ausbildungsphase¹⁴⁹ ergibt, kostet durchschnittlich 1.124 Euro und ist damit ebenfalls gesunken. Im Mai 2004 mussten für die Gesamtausbildung noch im Durchschnitt 1.447 Euro bezahlt werden, womit der Preis um 22 Prozent gesunken ist.

Nach Ansicht der Arbeiterkammer waren die Preise im Jahr 2004 aufgrund der verbotenen Preisabsprachen ungerechtfertigt überhöht. Aufgrund der Ergebnisse der Preiserhebung wurden daher FührerscheinbesitzerInnen, die zwischen Mai und Juni 2004 einen Ausbildungsvertrag für den B-Führerschein mit einer vom Kartellgericht verurteilten Grazer Fahrschule abgeschlossen haben, öffentlich aufgerufen, sich bei der Arbeiterkammer Steiermark zu melden. Dies geschah, um in einem Musterverfahren mögliche Schadenersatzansprüche betroffener KonsumentInnen zu klären. Derzeit werden die eingelangten Unterlagen geprüft.

¹⁴⁷ Ginner, Ulrike 2005: Grazer Fahrschulen – Preisabsprachen. In: Märkte – Wettbewerb – Regulierung, Wettbewerbsbericht der Arbeiterkammer 2005, Teil 1. Arbeiterkammer Wien, Wien 2006.

¹⁴⁸ Arbeiterkammer Wien (2005). Preisabsprache bei Fahrschulen [online] <http://www.arbeiterkammer.at/www-192-IP-25495.html>.

¹⁴⁹ Die zweite Ausbildungsphase enthält zusätzliche Fortbildungen innerhalb eines Jahres nach dem Führerscheinwerb.

4.1.2 Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem

Die Gesellschaften des ARA-Systems verfügen über ein de-facto-Angebotsmonopol (Entpflichtungsleistungen) und ein de-facto-Nachfragemonopol (Verwertung von Verpackungsabfällen). Die Gesamtumsätze in der Verpackungsabfallsammlung liegen bei ca 200 Mio Euro – dies entspricht rund 15% der Entsorgungswirtschaft. 1995 hat das Kartellgericht festgestellt, dass das ARA-System ein Wirkungskartell darstellt, die Genehmigung steht noch immer aus. 2002 hat die Europäische Kommission ihre Absicht bekundet, entweder keine Einwände zu erheben oder eine Einzelfreistellung zu gewähren. Die Arbeiterkammer hat dagegen erhebliche Bedenken angemeldet. Wettbewerbslich relevante Fragestellungen waren auch Gegenstand der Begutachtung der Verpackungsordnungsnovelle 2005, eine endgültige Entscheidung steht noch aus. Weiters hat 2005 die GD Wettbewerb ein Arbeitspapier zu Wettbewerbsfragen im Bereich der Abfallsammel- und Verwertungssysteme veröffentlicht. Manche der darin enthaltenen Ausführungen bestätigen die kritische Haltung der Arbeiterkammer im Zuge des ARA-Verfahrens.

Werner Hochreiter

Die Verpackungsverordnung ist mit September 1992 in Kraft getreten und hat zur zeitgleichen Gründung des ARA-Systems geführt¹⁵⁰. Trotz einiger Änderungen in den rechtlichen Rahmenbedingungen¹⁵¹ verfügen die Gesellschaften des ARA-Systems¹⁵² seit 1992 über ein de-facto-Angebotsmonopol, was den Markt für Entpflichtungsleistungen (durch die Teilnahme am ARA-System wird ein/e InverkehrsetzerIn von Verpackungen von seinen/ihren Rücknahme- und Verwertungspflichten entpflichtet) betrifft, sowie ein de-facto-Nachfragemonopol am Markt für die Erfassung und Verwertung von Verpackungsabfällen. Genehmigte MitbewerberInnen bestehen nur für die Gewerbesammlung; ihre Marktanteile sind bis jetzt marginal geblieben. Die Vormachtstellung des ARA-Systems ist im europäischen Vergleich einzigartig¹⁵³. Die Gesamtumsätze in der Verpackungsabfallsammlung belaufen sich auf etwa 200 Mio Euro, das sind rund 15% des Umsatzes der Entsorgungswirtschaft. Die Kosten der Haushaltsammlung machen 25% der Kosten der Abfallwirtschaft für KonsumentInnen aus.

Das österreichische Kartellgericht hat in seiner Entscheidung 1995¹⁵⁴ festgestellt, dass das ARA-System ein Wirkungskartell darstellt. Die Genehmigung dieses Kartells steht aber noch immer aus¹⁵⁵, wobei der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten bereits zwei Gutachten erstattet hat.

Im Juni 1994 hat das ARA-System auch bei der EFTA-Überwachungsbehörde um ein Negativattest bzw um Freistellung der Vereinbarungen angesucht. Die Arbeiterkammer (AK) hat sich angesichts der kontroversiellen Auffassungen im Paritätischen Ausschuss schon 1994 mit einer Beschwerde an die EFTA-Überwachungsbehörde sowie mit ergänzenden Schreiben im Februar 1996 sowie im März 2002 an die Europäische Kommission (EK) gewandt.

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

¹⁵⁰ vgl dazu Hochreiter, Werner 1995. Streitobjekt Verpackungsverordnung – Mehr Umweltschutz durch Deregulierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben?, Springer-Verlag: Wien.

¹⁵¹ vgl dazu Hochreiter, Werner 2003. Abfallpolitik und Wettbewerb - Mit den produktbezogenen Regelungen des AWG 2002 vom Reggen in die Traufe? In: Wettbewerbsbericht der AK-Wien 2002 - Teil 1 Wettbewerbsrecht und -politik. Arbeiterkammer: Wien, 67ff.

¹⁵² Die Altstoff Recycling Austria AG (ARA) organisiert in Österreich ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für Verpackungen. Zu diesem Zweck schließt die ARA Entsorgungsverträge mit so genannten Branchenrecyclinggesellschaften (BRG) ab, denen dadurch die Organisation der Sammlung, der Sortierung, des Transports und der Verwertung der Verpackungen übertragen wird. Die BRGs, zu denen insb die Altpapier Recycling OrganisationsgesmbH (ARO) und die Arbeitsgemeinschaft VerpackungsverwertungsGmbH (ArgeV) gehören, sind jeweils für bestimmte Packstoffe oder Packstoffgruppen zuständig. Sie schließen ihrerseits Verträge mit Unternehmen oder Gebietskörperschaften ab, welche die tatsächliche Sammlung, Sortierung, den Transport und die Verwertung leisten. ARA und die BRGs bilden zusammen das ARA-System.

¹⁵³ vgl dazu den im Dezember 2000 erschienenen Endbericht zur im Auftrag der Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission erstellten Studie „European Packaging Waste Management Systems“.

¹⁵⁴ 2 Kt 616/93.

¹⁵⁵ Zu einer Entscheidung in der Sache wird es wohl nicht mehr kommen, da gemäß der Verordnung Nr 1/2003 ab 1. Mai 2004 im Europäischen Wettbewerbsrecht keine Genehmigungsverfahren für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen mehr vorgesehen sind.

Per Stellungnahme hat die AK erhebliche Bedenken gegen die Absicht der Europäischen Kommission geäußert, die angemeldeten Verträge – jedoch ohne das Tarifblatt! – freizustellen und den diversen, unter anderem von MitbewerberInnen 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“¹⁵⁶ hat die Europäische Kommission die „wichtigsten Grundsätze für den Wettbewerb“ ausgeführt, denen flächendeckende Sammel- und Verwertungssysteme genügen müssen¹⁵⁷, nämlich

- Auswahlmöglichkeiten für Unternehmen
- keine ungerechtfertigten Ausschließlichkeitsvereinbarungen
- unbeschränkter Zugang zur Erfassungsinfrastruktur
- freie Vermarktung von Sekundärmaterial

Diese hat die Europäische Kommission ua in den Verfahren zum Dualen System Deutschland wie zum französischen System *Eco-Emballages* entwickelt.

Ende 2003 hat die EU-Kommission nun die lange erwartete Entscheidung zum österreichischen ARA-System¹⁵⁸ gefällt. Für die Systemverträge zwischen den Gesellschaften des ARA-Systems¹⁵⁹ wie die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen hat die Europäische Kommission ein Negativattest ausgestellt. Die Regionalpartnerverträge (Regionalpartnerverträge) von ARO und ArgeV wurden dagegen nur befristet bis 31. Dezember 2006¹⁶⁰ und unter Auflagen¹⁶¹ freigestellt. Die Entscheidung enthält darüber hinaus auch Vorgaben zur wettbewerbskonformen Auslegung der österreichischen Verpackungsverordnung¹⁶². So muss der Quotennachweis gemäß der Verpackungsverordnung im Falle der Mitbenutzung der ARA-Haushaltssammlung durch MitbewerberInnen auch über die Erfassung von Mengenäquivalenten zulässig sein¹⁶³. Einer Anregung der AK folgend hatte die Kommission ein Auskunftersuchen an die Republik Österreich gerichtet, deren Stellungnahme vom 15. Jänner 2003 dann eine sehr restriktive Haltung in dieser Frage offenbart hat, und insbesondere zusätzliche Sortierschritte für MitbewerberInnen in Aussicht gestellt hat. In

¹⁵⁶ XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001 — SEK(2002) 462 endg.

¹⁵⁷ Kasten 3 "Wettbewerbspolitik im Bereich Verpackungsmüll" (S 27-28 ebenda)

¹⁵⁸ 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].

¹⁵⁹ Das sind die ARA-BRG-Entsorgungsverträge; siehe Rz 61 ff der Entscheidung der EK; ua zwischen ArgeV und ÖKK existieren zusätzlich Kooperationsverträge – siehe Rz 73ff der Entscheidung der EK.

¹⁶⁰ Befristete Freistellung der ArgeV- und ARO-Regionalpartnerverträge mit Entsorgern und Sortierern bis 31.Dez 2006 (Art 2 der Entscheidung der EK).

¹⁶¹ Vorbehaltlose Gestattung der Mitbenutzung des ARA-Haushaltssystems durch MitbewerberInnen; zudem darf sich ArgeV von Entsorgern nur diejenigen Erfassungsmengen nachweisen lassen, die ihrem Anteil an der insgesamt lizenzierten Menge je Fraktion entsprechen (Art 3 der Entscheidung der EK).

¹⁶² vergleiche die Rz 44 bis 46 sowie 300 bis 309 der Entscheidung der EK

¹⁶³ „... Ferner wäre eine Mitbenutzungsaufgabe bei einem Quotennachweis nur über die konkret am System teilnehmenden Verpackungen nicht praktikabel. Dieser Grundsatz (Anm: der öVerpackVO) kann daher nicht Gegenstand der Auflage werden. Statt dessen 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 der Entscheidung der EK). 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“.

der Sache selbst hat sich die Kommission nicht mit den von ARA/ArgeV/ARO gemachten Zusagen¹⁶⁴ zufrieden gegeben, sondern zusätzliche 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 2000¹⁶⁵ nicht als marktmachtmissbräuchliches Verhalten angesehen hatte.

Die bloße Freistellung der Regionalpartnerverträge, vor allem aber die Auflagen der Europäischen Kommission sind nun Gegenstand einer Nichtigkeitsklage von ARA/ArgeV¹⁶⁶ geworden. Die von der Kommission konstatierte Beschränkung des Wettbewerbs existiere nicht, die Auflagen seien jedenfalls undurchführbar und unverhältnismäßig¹⁶⁷. ARA/ArgeV sollen dem Vernehmen nach auch die in der Entscheidung der Kommission zitierten Zusagen in Frage gestellt haben. Aus Sicht der Arbeiterkammer ist die zusätzliche Verhängung von Auflagen für einen effektiven Wettbewerb im Haushaltsbereich sowohl begründet als auch unerlässlich. Deswegen hat sich die AK auch an diesem Verfahren auf der Seite der Kommission als Streithelferin angeschlossen¹⁶⁸.

Mittlerweile hat das Europäische Gericht in erster Instanz den Anträgen von EVA¹⁶⁹ und der AK auf Zulassung als Streithelferin¹⁷⁰ der Europäischen 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 Rechtsstreites 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 ihren Aufgaben sowie ihren 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...“¹⁷¹.

In der Sache hat nun die AK die Anträge der „beklagten“ Europäischen Kommission unterstützt und ergänzend ua vorgebracht¹⁷², dass ArgeV sehr wohl mit dem Abschluss eines Regionalpartnervertrags ihrem Partner in Wahrheit ihren gesamten Bedarf für die betreffende Region zusage, auch wenn der Partnervertrag keine Ausschließungsklausel enthalte. Das zeige schon die bisherige Praxis der ArgeV. Auch habe ArgeV nie darlegen können, wie der von ArgeV behauptete „Wettbewerb im Markt“ tatsächlich funktionieren könne. Im Übrigen lasse auch der Regionalpartnervertrag selbst keine andere Auslegung zu. Nicht nachvollziehbar sei auch, wieso die verhängten Auflagen unverhältnismäßig oder gar undurchführbar sein sollen. ArgeV verfüge schon heute im Regionalpartnervertrag über ausreichende Mechanismen zur laufenden oder vorzeitigen Anpassung, um geänderten Verhältnissen über eine unterjährige Anpassung der Sammelinfrastruktur oder des Mengenrahmens Rechnung zu tragen. Und würde ArgeV – wie behauptet – erst drei Monate nach Ende des Leistungsjahres über hinreichende Informationen über die eigene Lizenzmenge verfügen, so wäre

¹⁶⁴ Auflassung der Meistbegünstigungsklausel, Grüner Punkt auch für KonkurrentInnen, Mitbenutzung des ARA-Haushaltssystems gegen Abgeltung der Sortierkosten, fünf Jahre maximale Laufzeit der Entsorgerverträge (Rz 139).

¹⁶⁵ Entscheidung 16Ok 8/00 vom 9. Oktober 2000

¹⁶⁶ 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 vom 6.3.2004.

¹⁶⁷ Vgl dazu Moser-Marzi, Elisabeth; Schordan, Christoph 2004. Regulierungsbedarf für den Bereich der Sammlung und Verwertung von Verpackungen? In: Ecolex. 15/11., S 902f. Demnächst soll in den Wirtschaftsrechtlichen Blättern eine Entgegnung von Reidlinger, Axel und Hartung, Isabella dazu erscheinen.

¹⁶⁸ AK-Antrag auf Zulassung als Streithelferin in der Rechtssache T-419/03 vom 23. April 2004.

¹⁶⁹ EVA Erfassen und Verwerten von Altstoffen GmbH; EVA ist eine der MitbewerberInnen des ARA-Gewerbesystems.

¹⁷⁰ Nach Art 40 Abs 2 der Satzung des Europäischen Gerichtshofs, 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.

¹⁷¹ Beschluss des Gerichts 1. Instanz in der Rechtssache T-419/03 vom 20. Jänner 2005, Rz 12.

¹⁷² AK-Streithelferschriftsatz in der Rechtssache T-419/03 vom 17. Mai 2005.

ArgeV schon heute nicht in der Lage, ihren Entgeltvorschlag für die nächstfolgende Periode pünktlich an ARA zu übermitteln¹⁷³.

Dass diese Auflagen in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 16. Oktober 2003 jedenfalls aus nationaler Sicht nicht hinreichend sein würden, war im Lichte der davor von Seiten der Arbeiterkammer an die Kommission herangetragenen Anliegen offensichtlich. Die Europäische Kommission hat ja ausdrücklich¹⁷⁴ das ARA-Tarifblatt und andere Fragen, insbesondere Vorwürfe marktmissbräuchlichen Verhaltens (Art 82 EG-V), wie etwa die problematische Stellung der Lebensmittelhandelsketten¹⁷⁵ im ARA-System, eingeklammert. Hinsichtlich der offen gebliebenen Punkte ist daher die AK schon Anfang 2004 an die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) herangetreten, die zunächst zB zu Fragen allfälliger Quersubventionierungen und zum Trittbrettfahrerproblem auf die Zuständigkeiten des BMLFUW¹⁷⁶ gemäß AWG 2002 verwiesen hat.

Wettbewerbsrelevante Fragestellungen waren auch Gegenstand der im Dezember 2004 abgeschlossenen Begutachtung für eine Verpackungsverordnungs-Novelle 2005¹⁷⁷. So dürfte die geplante Streichung des „Prinzips der Nämlichkeit“ aus § 11 Abs 1 des Entwurfs eine Folge der Entscheidung der Europäischen Kommission sein. Eine endgültige Entscheidung über die geplante Novelle steht noch immer aus. Dem Vernehmen nach sind allerdings die wettbewerbsbedenklichen Bestimmungen über Intervention der Bundeswettbewerbsbehörde mittlerweile gestrichen worden.

Im April 2005 hat sich die AK in Reaktion auf Pressemeldungen, wonach bei ARA anlässlich einer finanzbehördlichen Prüfung der im ARA-System angesammelten Rückstellungen massive Tarifsenkungen bevorstehen könnten, an die Bundeswettbewerbsbehörde gewandt. Die AK hat um Prüfung ua dieser Rückstellungen in der Höhe von rund 100 Mio Euro sowie der Pläne zu ihrem Abbau ersucht. Schon aus anderem Anlass hat die Bundeswettbewerbsbehörde diesbezüglich Erhebungen eingeleitet, die allerdings noch nicht abgeschlossen sind. Die Bundeswettbewerbsbehörde vertritt hier die Ansicht, dass das Negativattest der Europäischen Kommission hier kein Einschreiten gegen die maßgeblichen Bestimmungen im ARA-BRG-Entsorgungsvertrag erlaube. Die Bundeswettbewerbsbehörde könne nur die Tariffestsetzung als solche prüfen. Die Arbeiterkammer ist dagegen der Ansicht, dass die Unbedenklichkeit eines Vertrags (nach Artikel 81 EG-V) noch lange nicht bedeutet, dass auch ein dadurch ganz allgemein erfasstes Verhalten eines Vertragspartners von vornherein rechtlich unbedenklich ist, wenn es einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (nach Artikel 82 EG-V) darstellt; ob nun ein solcher Missbrauch vorliege, sei daher zu prüfen. Ziel müsse zudem ein wettbewerbskonformer Abbau dieser Rückstellungen sein, was gegen über mehrere Jahre andauernde anteilige Tarifsenkungen und für eine einmalige Rückzahlung an die ARA-LizenznehmerInnen spreche. Zudem hat die AK angeregt, dass sich die Bundeswettbewerbsbehörde im

¹⁷³ Diesen muss ArgeV sechs Monate vor Beginn des betreffenden Kalenderjahres – also zur Halbzeit der laufenden Periode! – gegenüber ARA unterbreiten, was wohl nicht möglich wäre, wenn ArgeV nicht über prognosefähige Daten verfügte.

¹⁷⁴ Vergleiche die Rz 47 und 187 bzw die Rz 183 bis 188 sowie 339/340 der Entscheidung der EK.

¹⁷⁵ Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass über Druck des deutschen Bundeskartellamtes (dt BKA) ua alle großen Handelsketten als Aktionäre aus dem DSD ausgeschieden sind; vgl dazu die Pressemeldung des dt BKA vom 31. Jänner 2005 „Verfahren gegen DSD eingestellt: Das Bundeskartellamt in Bonn hat das Untersagungsverfahren gegen DSD (Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG) eingestellt, nachdem das Konzept zur Auflösung der kartellartigen Gesellschafterstruktur des Unternehmens (vgl Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 12.10.2004) umgesetzt wurde. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hat DSD mit der Umstrukturierung eine wichtige Grundsatzentscheidung getroffen, mit der das Unternehmen stärker dem Wettbewerb geöffnet wird“ – download unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/index.shtml>.

¹⁷⁶ vgl dazu auch die jüngste parlamentarische Anfragebeantwortung 2371/AB XXII. GP vom 4. Februar 2005 betreffend Trittbrettfahrerproblem und Stellung der Lebensmitteleinzelhandelsketten im ARA-System.

¹⁷⁷ Erfreulicherweise 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 MitbewerberInnen des ARA-Systems „mit einem Schlag“ zwangsläufig den Großteil ihrer LizenznehmerInnen verloren hätten; freilich ist § 3 Abs 5 dE nun so unklar formuliert, dass er auch die Interpretation erlaubt, dass in Zukunft nur mehr ein Splitting zwischen Verkaufs- oder Transportverpackungen zulässig sein könnte, was ebenso weit reichende Folgen zeitigen könnte. Problematisch ist auch die Absicht, in Zukunft Rückstellungen für „Nachlaufmengen“ zu verbieten; ua wird LizenznehmerInnen damit der Wechsel von einem Sammelsystem zu einem/r MitbewerberIn 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.

Wege der Amtshilfe Zugang zu dem mittlerweile gemäß § 35 AWG 2002 erstellten Expertengutachten¹⁷⁸ zu den Gesellschaften des ARA-Systems verschaffen möge.

Ein anderes Prüfungsersuchen der AK hat die Verträge der Branchenrecyclinggesellschaften¹⁷⁹ mit den großen Anfallstellen (Modul 7-Verträge) betroffen. Solche Verträge haben ARO und ArgeV vor allem mit den großen Lebensmittelhandelsketten abgeschlossen. Sie regeln die Erfassung und Verwertung der in den Handels-outlets anfallenden Verpackungen und waren nicht Gegenstand der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 16. Oktober 2003. Hier haben die Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde dazu geführt, dass ARO (Papier) die diesbezüglichen Bestimmungen ersatzlos gestrichen hat.¹⁸⁰ Diese haben die Anfallstelle dazu verpflichtet sicherzustellen, dass sämtliche bei ihr in Verkehr gebrachten oder bei ihr anfallenden Papierverpackungen über das ARA-System entpflichtet werden. Diese Klauseln waren damit geeignet, Wettbewerb am Entsorgungs- und Verwertungsmarkt auszuschließen. Denn den LieferantInnen der VertragspartnerInnen war es nicht möglich, ihrer Verpflichtung aus der Verpackungsverordnung bei WettbewerberInnen des ARA-Systems nachzukommen und somit ihre Papierverpackungen über zum ARA-System alternative AnbieterInnen zu entsorgen und zu verwerten, so die Bundeswettbewerbsbehörde. Die Ermittlungen bei ArgeV (Metall, Kunststoff) haben ergeben, dass die inkriminierten Klauseln dort mittlerweile schon gestrichen worden sind.

Die Reichweite dieser Maßnahme der Bundeswettbewerbsbehörde ist nicht zu unterschätzen, da die auf den Lebensmittelhandel entfallenden Umsätze jährlich ein Drittel des gesamten Einzelhandelsvolumen in Österreich ausmachen (!). Internen Schätzungen zufolge könnten über die Lebensmittelhandelsketten alleine mehr als 50% des ARA-Umsatzes im Haushaltsbereich laufen. Ob die Maßnahme der Bundeswettbewerbsbehörde tatsächlich die gewünschte Wirkung zeigen wird, bleibt aber abzuwarten. Die von der AK seit langem beanstandeten In-Sich-Geschäft-Konstellationen könnten dem entgegenstehen.

Erfreulicherweise hat sich die Bundeswettbewerbsbehörde ua auch auf Anregung der AK aktiv in die Fragen rund um die nationale Umsetzung der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 16. Oktober 2003 eingeschaltet. Um die Mitbenutzung der Sammelbehältnisse im haushaltsnahen Sammel- und Verwertungssystem zu erleichtern und damit auch Wettbewerb in der Haushaltssammlung zu ermöglichen, hat die Bundeswettbewerbsbehörde die Einrichtung einer unabhängigen *Clearing*-stelle vorgeschlagen¹⁸¹ und dazu Gespräche mit den beteiligten Kreisen geführt. Das weitere Vorgehen ist allerdings noch offen. Zu aus Sicht der Bundeswettbewerbsbehörde ebenfalls denkbaren Alternativ-Verträgen zwischen den Branchenrecyclinggesellschaften und einem allfälligen Konkurrenzsystem (unter Verzicht auf eine unabhängige *Clearing*-Stelle) hat sich die AK skeptisch geäußert. Das widerspreche den Vorstellungen der Europäischen Kommission, zementiere das bekannte Ungleichgewicht und verhindere kreative Lösungen auf der Ebene der ARA-RegionalpartnerInnen. Nur mit einer *Clearing*-Stelle könne auch wirksam der Befürchtung der Gemeinden begegnet werden, dass sie dann die Last der Koordination tragen.

Im September 2005 hat die GD Wettbewerb ein Arbeitspapier zu den Wettbewerbsfragen im Bereich der Abfallsammel- und -verwertungssysteme¹⁸² veröffentlicht. Die DG Wettbewerb bekräftigt und verfeinert darin die schon im „XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001“¹⁸³ zur EU-Verpackungsrichtlinie entwickelten

¹⁷⁸ Eine diesbezügliche Empfehlung des Missbrauchsbeirat gem § 34 AWG 2002, dem dieses Gutachten vorzulegen ist, ist bislang nicht ergangen; derartige Beratungsergebnisse wären auf der Internetseite des BMLFUW zu veröffentlichen (§ 34 Abs 4 AWG 2002); vgl dazu auch die jüngste parlamentarische Anfragebeantwortung 3370/AB XXII. GP vom 18. November 2005 betreffend Bericht des ExpertInnenremiums zum ARA-System.

¹⁷⁹ Insb von ARO und ArgeV.

¹⁸⁰ Siehe Mitteilung der BWB vom 28. Dezember 2005 "Gesellschaft des ARA-Systems (= ARO-Papier) streicht wettbewerbsrechtlich bedenkliche Bestimmungen in ihren Verträgen mit größeren Anfallstellen ersatzlos" (abrufbar unter http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/modul_7_vereinbarung.htm) sowie die Mitteilung der BWB vom 25.1.2006 „Modul 7-Vereinbarungen der Altpapier Recycling OrganisationsgesmbH: Anmerkungen zur APA-Aussendung vom 23.1.2006“ (http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/modul_7_vereinbarung.htm)

¹⁸¹ Derartiges ist in Deutschland aus gleichem Anlass auf Initiative des deutschen BKA eingerichtet worden; den Vorsitz in der deutschen *Clearing*-Stelle führt ein Vertreter eines namhaften deutschen städtischen Entsorgers.

¹⁸² download unter <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/waste.pdf>.

¹⁸³ siehe Fußnote 156.

Prinzipien¹⁸⁴ und wendet sie auch auf die EU-Elektroaltgeräte- und die EU-Altfahrzeugrichtlinie an. Manche der darin enthaltenen Ausführungen bestätigen die kritische Haltung der AK zu den im Zuge des ARA-Verfahrens von der Europäischen Kommission nicht aufgegriffenen Punkten.

4.2 Europäische Union

4.2.1 T-mobile – tele.ring

2005 hat T-Mobile (als zweitgrößter Anbieter) die Übernahme des Mobilfunkbetreibers tele.ring (viertgrößter Anbieter) bei der EU-Kommission zur Genehmigung angemeldet. Die eingeleitete vertiefte Prüfung ist noch nicht abgeschlossen. Aus Sicht der Arbeiterkammer könnte der Zusammenschluss ohne Auflagen den Wettbewerb der Mobiltelefonie einschränken. Eine Maßnahme zur Stimulierung des Wettbewerbs wird von Seiten der Arbeiterkammer in der Änderung der Zusammenschlussentgelte gesehen. Laut jüngster Pressemeldungen sieht die Europäische Kommission die von T-Mobile angebotenen Auflagen als noch nicht ausreichend.

Helmut Gahleitner, Mathias Grandosek

Im November 2005 hat der zweitgrößte österreichische Mobilfunkbetreiber T-Mobile die Übernahme des viertgrößten österreichischen Mobilfunkbetreibers tele.ring bei der EU-Kommission zur Genehmigung angemeldet. T-Mobile bezahlt für tele.ring rund 1,3 Mrd Euro. Die von der Kommission aufgrund wettbewerblicher Bedenken eingeleitete vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses ist noch nicht abgeschlossen. Eine Entscheidung wird für Ende April 2006 erwartet. Nachfolgender Beitrag gibt einen Überblick über den betroffenen Mobilfunkmarkt in Österreich und die Aktivitäten der Arbeiterkammer in diesem für Österreich bedeutenden Zusammenschluss.

Unternehmen

T-Mobile Austria GmbH, ein Tochterunternehmen der deutschen Telekom, ist der zweitgrößte Mobilfunkbetreiber in Österreich. Das Unternehmen beschäftigt rund 1.800 MitarbeiterInnen und erzielte im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz in Höhe von 880 Mio Euro. T-Mobile hat mit etwas mehr als 2 Mio KundInnen einen Marktanteil am österreichischen Mobilfunkmarkt von 25,3% (Stand Juli 2005).

Tele.ring Telekom Service GmbH ist seit 2001 zu 100% im Besitz von Western Wireless International (Muttergesellschaft *Western Wireless Corporation*, die ihrerseits wiederum kürzlich von *Altel* übernommen worden ist), einem führenden Telekom-Provider in den Vereinigten Staaten. Mit rund 570 MitarbeiterInnen (Vollzeitäquivalente) und einem Umsatz von 480 Mio Euro im Jahr 2004 ist tele.ring das viertgrößte Mobilfunkunternehmen in Österreich. Tele.ring verfügt überdies über ein eigenes Glasfaser-Festnetz.

Marktanteile

Derzeit gibt es auf dem Markt für Mobilfunkbetreiber fünf Unternehmen mit eigenen Netzen mit folgenden Marktanteilen nach Teilnehmern:

¹⁸⁴ 1) Verhinderung von wettbewerbsschädigendem Verhalten (zB Marktaufteilung, Preisabsprachen); 2) Ermöglichung der Wahl zwischen mehreren Abfallwirtschaftssystemen für jene Unternehmen, die aufgrund nationaler Gesetzgebung zur Abfallverwertung verpflichtet sind; 3) Vermeidung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen, für die es keine nachvollziehbare und überzeugende wirtschaftliche Rechtfertigung gibt (Rz 13).

Tabelle 5: Marktanteile am Markt für Mobilfunkbetreiber

Marktanteile in % per	mobilkom	T-Mobile (vorher: max.mobil)	One GmbH (vorher: Connect)	tele.ring	3 Austria
1. Jänner 2004	43,7%	28,5%	19,4%	8,0%	0,3%
21. Dezember 2004	41,3%	25,8%	19,9%	11,3%	1,7%
1. Juli 2005	40,7%	25,3%	18,9%	11,4%	3,7%
Quelle: RTR-Homepage www.rtr.at					

Wie aus der Aufstellung ersichtlich ist, konnte seit 2004 vor allem tele.ring durch aggressive Werbung („Weg mit dem Speck“) und Preisführerschaft Marktanteile im Bereich der PrivatkundInnen gewinnen. Dies ging vor allem zulasten der zwei stärksten Marktteilnehmer mobilkom und T-Mobile.

Durch den Zusammenschluss fällt jedenfalls ein dynamischer Wettbewerber weg, was sich vor allem auf den Wettbewerb im PrivatkundInnenbereich auswirken könnte. mobilkom und T-Mobile hätten nach dem Zusammenschluss gemeinsam 77,5% Marktanteil (mobilkom 40,7%, T-Mobile 36,8%).

Im internationalen Vergleich hat Österreich sehr niedrige Mobilfunktarife. Diese sind ua auf die aggressive Preis- und Werbepolitik zurückzuführen, die von den Mobilfunkunternehmen in den letzten zwei Jahren zum Vorteil der KonsumentInnen noch intensiviert wurden. Es ist davon auszugehen, dass die nun angemeldete Übernahme den aggressiven Preiswettbewerb zurücknimmt, wodurch mehr Spielraum in der Preisgestaltung für die Unternehmen gegeben ist. Es würde sozusagen „der Hecht im Karpfenteich“ des heimischen Handy-marktes verschwinden, wie es der österreichische Generaldirektor für Wettbewerb, Dr Walter Barfuß, im „Kurier“ ausdrückte¹⁸⁵. Dies ist auch die größte Befürchtung der EU-Kommission, weshalb wegen massiver wettbewerbsrechtlicher Bedenken eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses angeordnet wurde.

Kommission bindet Arbeiterkammer ein

Im Rahmen eines Auskunftersuchens hat die EU-Kommission der Arbeiterkammer (AK) einen Fragebogen übermittelt, um insbesondere Informationen über die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den EndverbraucherInnenmarkt zu erhalten. Die Arbeiterkammer hat neben der Übermittlung von technischen Daten (Taktung, Tarifmodelle, Kündigungsfristen, Tarifvergleiche) zum Zusammenschluss Stellung genommen. Aus Sicht der Arbeiterkammer könnte das Zusammenschlussvorhaben vor allem den Wettbewerb im Bereich des Mobiltelefonmarktes für Endverbraucher erheblich einschränken. Durch die attraktive Preisführerschaft von tele.ring waren auch alle anderen Wettbewerber gezwungen, ihre Tarife zum Vorteil der KonsumentInnen anzupassen. Tele.ring hat damit wesentlich dazu beigetragen, dass nicht nur Firmenkunden sondern vor allem die österreichischen VerbraucherInnen vom aktiven Wettbewerb durch günstige und attraktive Angebote profitierten. Die derzeit bestehende hohe Wettbewerbsintensität im EndkundInnenmarkt auf dem Markt Telekommunikation zeigt sich auch beim Werbeaufwand der Branche. Nach jüngsten Daten der *Focus Mediaresearch* aus dem Jahr 2004 ist die Telekommunikation mit einem Bruttowerbeaufwand in Höhe von 155,2 Mio Euro die werbestärkste Einzelbranche in Österreich.

Die Arbeiterkammer hat im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens aber auch darauf hingewiesen, dass das Ausmaß der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss noch von folgenden weiteren Faktoren abhängig ist:

- Verhalten der virtuellen Anbieter: Aufgrund von gesetzlichen Änderungen durch das Telekommunikationsgesetz 2003 können nunmehr auch virtuelle Mobilfunkanbieter (ohne eigenes Netz) wie etwa yess (Diskontschiene von one) oder tele2 ihre Mobilfunkdienste anbieten. Sollten die etablierten Netzbetreiber ihre Marktstellung dazu benutzen, die Preise deutlich anzuheben, so ist damit zu rechnen, dass die

¹⁸⁵ „Kurier“ vom 14. Februar 2006, S 21

virtuellen Anbieter verstärkt auf den Markt drängen. Der Gestaltungsspielraum von Mobilkom und T-mobile wird letztlich nicht unwesentlich vom Verhalten der virtuellen Anbieter bestimmt.

- Um die hohen Fixkosten für Mobilfunknetze wirtschaftlich zu bewältigen, bedarf es einer großen Zahl von TeilnehmerInnen. Gleichzeitig besteht eine hohe Preiselastizität bei Mobilfunktelefonie, sodass Preissteigerungen angesichts der hohen Fixkosten möglicherweise nur bedingt durchsetzbar sind.
- Ein weiterer Faktor für die künftige Preisentwicklung ist auch noch die Reaktion der österreichischen Regulierungsbehörde. Diese entscheidet über die Einstufung eines Unternehmens hinsichtlich Marktmacht auf verschiedenen Teilmärkten und den dadurch möglichen Regulierungsmaßnahmen sowie über Zusammenschaltungsentgelte. Diese Regulierungsmaßnahmen könnten Auswirkungen auf die Marktverhältnisse und damit auf den Wettbewerb haben (asymmetrische Stärkung der kleineren Anbieter).

Die EU-Kommission hat die Arbeiterkammer auch um Stellungnahme zu den von T-Mobile angebotenen Auflagen, Funkfrequenzen und nicht benötigte Infrastruktur an die kleineren Mitbewerber (Hutchison 3G Austria, One) abzugeben, ersucht. Grundsätzlich wurde diesbezüglich festgehalten, dass die angebotenen Auflagen einen Beitrag zur Stärkung der wettbewerbslichen Stellung der kleineren Anbieter leisten. Um den kleineren Mitbewerbern schon zu Beginn an eine stärkere Marktstellung zu ermöglichen, wurde zusätzlich vorgeschlagen, dass die Zusagen nur nach dem Konzept des *upfront buyer*¹⁸⁶ von der Kommission genehmigt werden sollten. Demnach sollte der Zusammenschluss erst vollzogen werden, wenn T-Mobile ihre Zusagen erfüllt hat.

Eine weitere wichtige Maßnahme zur Stimulierung des Wettbewerbs wird von Seiten der Arbeiterkammer in der Änderung der Zusammenschaltungsentgelte gesehen. Damit künftig gewährleistet ist, dass die EndverbraucherInnen auch weiterhin vom Wettbewerb profitieren, sollte sich T-Mobile dazu verpflichten, die Terminierungsentgelte an jene der Mobilkom anzupassen. Dies würde die kleineren Mitbewerber, One und H3G Austria, in ihrer Marktposition stärken und ihnen einen größeren Spielraum bei der Tarifgestaltung ermöglichen. Auch dieser Vorschlag für eine zusätzliche Auflage wurde der Kommission unterbreitet.

Angebotene Auflagen von T-Mobile nicht ausreichend

Die EU-Kommission hat nach jüngsten Pressemeldungen die von T-Mobile angebotenen Auflagen als nicht für ausreichend bewertet, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Zusammenschluss zu beseitigen. Nach Aussagen von T-Mobile Geschäftsführer, Pölzl, ist die EU-Kommission mit den Zugeständnissen von T-Mobile grundsätzlich zufrieden, es werden von der Kommission allerdings mehr Details zur geplanten Umsetzung der Auflagen verlangt. Sollte die Prüfung des Zusammenschlusses tatsächlich erst Ende April abgeschlossen werden, dann wäre die Übernahme der am längsten geprüfte Fall im Bereich der europäischen Telekommunikationsbranche¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Darunter versteht man, dass die beteiligten Unternehmen sich verpflichten, den Zusammenschluss erst zu vollziehen, wenn mit einem von der Kommission genehmigten Käufer ein verbindlicher Kaufvertrag zustande gekommen ist.

¹⁸⁷ Tele.ring-Übernahme verzögert sich. In: www.derstandard.at, heruntergeladen Februar 2006.

4.3 Aktivitäten gegen den unlauteren Wettbewerb

2005 wurden 86 Sachverhalte auf Unlauterkeit geprüft. 21 Klagen und 3 Exekutionen wurden bei Gericht eingebracht. 21 Unternehmen wurden abgemahnt, von 7 wurde eine Unterlassung eingefordert. 10 Klagen konnten bisher erfolgreich abgeschlossen werden. Die unlauteren Geschäftspraktiken betrafen die Branchen: Lebensmittelhandel (Preisvorteil bei Großpackungen obwohl gleicher Kilopreis), Sportartikelhandel („Statt-Preis“-Werbung), Möbelhandel (Frühjahr/Sommeraktion), Baumärkte, Gesundheitsbereich und die Telekommunikation (Geschenke bei Vertragsbindung). Bei Verkaufsveranstaltungen gibt es besonderen negativen Einfallsreichtum (minderwertige Produkte zu überhöhten Preisen, Gewinnankündigungen). Die Arbeiterkammer rät: Gesundes Misstrauen ist immer angebracht und fordert, dass die ungerechtfertigten Gewinne gesetzlich abgeschöpft werden sollen

Ulrike Ginner

Die Arbeiterkammer (AK) ist als Verbandsklagspartei neben dem VKI legitimiert, gegen Verstöße nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie bei Werbeverstößen nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) zum Schutz der KonsumentInnen vorzugehen. Das UWG weist in § 1 (sittenwidrige Handlungen) und § 2 (irreführende Angaben) sehr großzügig formulierte Tatbestände auf. Dies ist notwendig, um dem Ideenreichtum der Unternehmen entgegenzutreten, die mit immer neuen Einfällen die KonsumentInnen zu unüberlegten Kaufentscheidungen verleiten zu wollen.

4.3.1 Jahresbilanz

Die Bilanz zeigt nichts Gutes, die Beratungs- bzw Klagstätigkeit ist im Vergleich zu den vergangenen Jahren annähernd gleich geblieben. Im Jahr 2005 mussten 86 verschiedene Sachverhalte auf deren Unlauterkeit überprüft werden, davon wurden 21 Klagen und 3 Exekutionen (bei Folgeverstößen) bei Gericht eingebracht. 21 Unternehmen wurden abgemahnt, und von 7 Unternehmen wurde eine strafbewährte Unterlassungserklärung eingefordert. Bei einem Unternehmen wurde die Vertragsstrafe eingefordert.

Von diesen insgesamt 21 Klagen konnten bisher 10 erfolgreich abgeschlossen werden, weil sich die betroffenen Unternehmen relativ rasch zu einem gerichtlichen Unterlassungsvergleich verpflichtet haben. Bei den drei eingebrachten Exekutionen wurden Strafen zwischen 1.000,- und 7.000,- Euro verhängt.

4.3.2 Unlautere Geschäftspraktiken

Die Bereiche, in denen unlautere Geschäftspraktiken – so der Terminus einer heuer erlassenen EU-Richtlinie¹⁸⁸ – vorkommen, sind vielfältig. So waren im vergangenen Jahr folgende Branchen betroffen:

Lebensmittelhandel

Nicht immer sind Großpackungen günstiger als die entsprechenden Kleinpackungen. Wenn aber mit einem besonders auffälligen roten Aufkleber „Preisvorteil bei Großpackung“ auf einer Fleischpackung dieser Eindruck suggeriert wird, obwohl tatsächlich Kleinpackungen und Großpackungen zum gleichen Kilopreis verkauft werden, ist auch das irreführend.

Sportartikelhandel

Gegen ein Unternehmen wurde wegen eines Folgeverstößes eine Exekution eingebracht, mit dem Ergebnis, dass das Exekutionsgericht eine Beugestrafe in Höhe von 7.000,- Euro verhängte. Geworben hatte dieses Unternehmen damit, dass im Schlussverkauf alle Artikel reduziert angeboten werden, allerdings ergab ein Test, dass sich auch Produkte zum regulären Preis in den Regalen befanden.

Der Sporthandel bedient sich regelmäßig bei Angebotsprospekten einer so genannten „Statt-Preis“-Werbung. Dass sich diese Statt-Preise allerdings auf die vom Lieferanten zum Zeitpunkt der Modelleinfüh-

¹⁸⁸ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

rung unverbindlich empfohlenen Verkaufspreise beziehen und nicht auf die tatsächlichen ursprünglichen Verkaufspreise, geht nicht klar und deutlich hervor. Diese Aufklärung befindet sich regelmäßig auf der letzten Seite der Prospekte in äußerst klein gehaltener Schrift.

Möbelhandel

Auch gegen ein Unternehmen dieser Branche musste mit einer UWG-Klage vorgegangen werden, da es einerseits in einem Aktionskatalog „Frühjahr/Sommer“ ermäßigte Produkte anbot, diese dann aber bereits im Juni zu höheren Preisen verkaufte. Andererseits wurde in einem Prospekt eine Wohnkombination zu einem Pauschalpreis angeboten, bei welcher nicht alle abgebildeten Möbel vom groß herausgestellten Preis umfasst waren und darauf nicht klar und deutlich hingewiesen wurde.

Baumärkte

Ein Unternehmen dieser Branche wurde wegen einer unzulässigen Lockvogelwerbung geklagt. Die beworbenen, besonders vergünstigten PKW-Anhänger waren nicht in ausreichender Menge vorhanden.

Gesundheitsbereich

Werbung für rezeptpflichtige Arzneimittel ist in Österreich verboten. Sie sollten nur nach ärztlicher Beratung und Untersuchung eingenommen werden, da mit jedem Medikament auch – teils schwerwiegende – Nebenwirkungen verbunden sein können. Gerade bei Arzneien, deren Preis von der Krankenkasse nicht ersetzt wird, setzen sich einige Pharmafirmen über dieses gesetzliche Verbot hinweg und werben vor allem in Printmedien, um ihren Absatz zu steigern. Betroffen davon sind zB diverse Mittel bei erektiler Dysfunktion (Impotenz) oder ein Medikament gegen Brustkrebs.

Ein niederländischer Arzt, der sich auf alternative Krebsbehandlung spezialisiert hat, tourte vor zwei Jahren durch Österreich. Er stellte den kleinen Dominik vor, der angeblich durch die Behandlung des Arztes von seinem Krebsleiden befreit wurde. Damit zusammenhängend wurden von einer eigenen Vertriebsgesellschaft hochdosierte Vitamincocktails mit Hinweis auf die krebshheilende Wirkung vertrieben, ein Paket zu 300,- Euro. Tatsache ist, dass Dominik laut deutschen Medienberichten an seinem Krebsleiden gestorben ist. Das Verfahren wurde mittels Vergleich beendet mit dem Ergebnis, dass für Österreich eine eigene Homepage eingerichtet wurde, auf der keine krankheitsbezogenen Angaben mehr zu finden sind.

Ebenfalls aus den Niederlanden wurden den österreichischen Haushalten Naturheilmittel angeboten, die angeblich gegen die Vogelgrippe wirken, wobei in den Werbetexten die Angst vor einem Pandemieausbruch geschürt wurde. Die Kosten dieser Nahrungsergänzungsmittel sind ebenfalls hoch, die Wirkung fragwürdig.

Auch für Magnetfeldtherapien zur Eigenanwendung ist Laienwerbung (dh Werbung gegenüber KonsumentInnen) gemäß Medizinproduktegesetz verboten, da es sich um verschreibungspflichtige Produkte handelt. Ein österreichisches Unternehmen wirbt allerdings auf seiner Homepage gerade dafür.

Telekommunikation

Durch den dynamischen Wettbewerb in der Mobilfunkbranche bewegen sich viele Unternehmen mit ihrer Werbung stark am Rande des UWG. Geschenke, um eine Vertragsbindung einzugehen, halten nicht, was sie vordergründig versprechen, denn im Kleingedruckten stellen sich Bedingungen dann ganz anders dar. Formeln, die zu falschen Berechnungen führen, und Gratis-Minuten, die bei näherem Hinblick nicht wirklich gratis sind, sowie Gewinnhandys, die dann doch kein Gewinn sind, weil sie jede/r KonsumentIn erhält, sind weitere Beispiele.

Aufgegriffen wurde auch ein Fall eines Diensteanbieters, der in Kinder- und Jugendzeitschriften Klingeltöne anbietet. Die Kosten sind dabei nicht abschätzbar, dadurch wird nach Ansicht der AK die geschäftliche Unerfahrenheit dieser KonsumentInnengruppe besonders ausgenutzt. Darüber hinaus werden auch so genannte

realsounds mit erotisch-pornografischem Inhalt angeboten, was wiederum massiv gegen die guten Sitten verstößt.

Verkaufsveranstaltungen

Einen besonderen Einfallsreichtum legen Unternehmen an den Tag, die in Verkaufsveranstaltungen sündteure und qualitativ fragwürdige Produkte an unbedarfte KonsumentInnen (vielfach PensionistInnen) vertreiben. Gewinnankündigungen, um die Neugierde zu erwecken, stellen sich dann als Reisegutscheine, bei denen ein beträchtlicher Eigenbeitrag zu leisten ist, oder als „Weltspartagsgeschenke“ heraus. Leider sind den KonsumentInnenschützerInnen aber in der Verfolgung dieser gravierenden Wettbewerbsverstöße die Hände gebunden. Die Unternehmen agieren lediglich über Postfachadressen, schalten Strohmänner ein und wechseln regelmäßig die Firmenbezeichnungen.

Dennoch konnte gegen ein Unternehmen eine Klage sowie eine Exekution eingebracht werden. Ein anderes Unternehmen hat sich zu einer strafbewährten Unterlassungserklärung verpflichtet, weil es in gesetzeswidriger Weise das österreichische Bundeswappen auf seinem Briefpapier geführt hat.

Sonstige

Weiters aufgegriffen wurden folgende Fälle:

- der Fall eines Reiseveranstalters, der sich in seinen Katalogen die genaue Verrechnung der sonstigen Gebühren wie Flughafen- und Sicherheitsgebühren, Taxen und sonstige Zuschläge für den Zeitpunkt der Ticketausstellung (zirka zwei Wochen vor Abflug) vorbehalten hat
- die „Bestpreisgarantie“ einer Schulungseinrichtung, obwohl andere Einrichtungen günstigere Preise anboten
- ungebetene Zusendungen von kostenpflichtigen Jahrbüchern
- gegen eine Bank wurde eine Klage eingebracht, da diese den effektiven Jahreszinssatz im Kreditvertrag nicht an auffällender Stelle, wie es das Bankwesengesetz vorsieht, anbrachte

4.3.3 Zusammenfassung

Gesundes Misstrauen ist immer angebracht!

Kein Unternehmen hat etwas zu verschenken. Die Ankündigung von hohen Rabatten bedeutet nicht immer, dass es sich bei den Produkten auch um Schnäppchen handelt. Gewinnspiele üben im Allgemeinen eine magische Anziehungskraft aus, Vorsicht ist vor allem dann angeraten, wenn es sich um „Gewinnspielunternehmen“ handelt, die lediglich über Postfachadressen agieren und bei denen die Gewinne ausschließlich über eine kostenpflichtige Mehrwertnummer angefordert werden können. Der vermeintliche Gewinner muss sich klar sein, dass er bei einem Anruf „die Katze im Sack kauft“. Die wenigsten KonsumentInnen werden sich über geschenkte, nicht selbst ausgesuchte Klingeltöne fürs Handy freuen, geschweige denn können sie Reisen zu einem fix vorgegebenen Termin in naher Zukunft auch tatsächlich antreten.

AK-Forderung

Bei der Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken wird im VerbraucherInneninteresse gefordert, dass sich Unternehmen nicht durch irreführende und sittenwidrige Geschäftspraktiken bereichern dürfen. Es soll daher eine gesetzliche Bestimmung erlassen werden, dass diese zusätzlichen, ungerechtfertigten Gewinne abgeschöpft werden sollen. Denn in vielen Fällen entstehen durch irreführende Werbung für den/die einzelne/n Konsumenten/in lediglich Bagatellschäden. Für einzelne VerbraucherInnen ist dann oft der Aufwand, ihre Rechte einzufordern, größer als der Anspruch, den sie hätten.

5 KOMMENTAR ZU AUSGEWÄHLTEN AKTIVITÄTEN WETTBEWERBSRECHTLICHER INSTITUTIONEN

5.1 Gesamtübersicht über die Entscheidungen von Kartellgericht und Kartellobergericht¹⁸⁹

Ulrike Ginner

Neben den Zusammenschlüssen wurden vom Kartellgericht folgende Geschäftsfälle verzeichnet:

- 1 Antrag auf Untersagung der Durchführung eines Kartells (2002:4)
- 55 Anzeigen von vertikalen Vertriebsbindungen (2004: 32)
- 6 Anzeigen von unverbindlichen Verbandsempfehlungen (2004: 11)
- 2 Anträge auf Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung (2004: 9)
- 12 Feststellungsanträge nach § 8a KartG (2004: 14)
- 7 Anträge auf Abstellen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (2004: 9); in einem Fall wurde dazu auch noch die Abschöpfung einer behaupteten Bereicherung beantragt
- 2 Erlässe von einstweiligen Verfügungen (2004: 6)
- 23 Anträge auf Verhängung einer Geldbuße (2004: 24)
- 46 Anträge gemäß § 11 Abs 5 WettbG, um Unternehmen die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von geschäftlichen Unterlagen aufzutragen (2004: 6)

5.2 Entscheidungen über Missbrauchsverfahren

5.2.1 Mediaprint gegen Tiroler Tageszeitung¹⁹⁰

Der OGH als Kartellobergericht hat die Entscheidung des Kartellgerichts bestätigt. Beide Rekurse, von Mediaprint und Moser GmbH, wurden abgewiesen. Die Bündelung der Anzeigenbuchung in der „Tiroler Tageszeitung“ und in der „NEUE Zeitung für Tirol“ stellen Marktmachtmissbrauch dar. Zum Rekurs der Mediaprint wird ausgeführt, dass der geringere Preis einleuchtend mit der geringeren Seitenzahl begründet wird. Als weiteres Argument für das Nichtvorliegen einer Vernichtungsstrategie ist die Marktlage mit 40.000 Haushalten und der deutlich höheren Finanzkraft der Mediaprint. Das Hauptverfahren wurde mittlerweile eröffnet.

Helmut Gahleitner

In seinem Beschluss vom 17. Oktober 2005 hat der Oberste Gerichtshof (OGH) als Kartellobergericht die von der Mediaprint als Antragstellerin sowie von den Moser GmbHs Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH (in der Folge als Moser GmbH bezeichnet) und Moser Holding als Antragsgegnerinnen eingebrachten Rekurse abgewiesen und die Entscheidung des Kartellgerichts als Erstgericht im Provisorialverfahren bestätigt, nach der die zwingende Bündelung der Anzeigenbuchung in der „Tiroler Tageszeitung“ und in „Die NEUE Zeitung für Tirol“ den Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs erfüllt.

Ausgangslage

Die Antragstellerin Mediaprint ist Verlegerin der Tageszeitungen „Kronen Zeitung“ und „Kurier“. Die Erstantragsgegnerin Moser GmbH ist Medieninhaberin der Tageszeitungen „Tiroler Tageszeitung“ und „Die NEUE Zeitung für Tirol“ (im Folgenden: „NEUE“), die seit 25. September 2004 erscheint. Die Zweitantragsgegnerin

¹⁸⁹ Die Informationen wurden uns dankenswerterweise von Herrn Senatspräsidenten Dr Hermann zur Verfügung gestellt.

¹⁹⁰ KOG vom 17. Oktober 2005, 16 Ok 43/05.

Moser Holding hält alle Anteile der Moser GmbH. Gegenstand des Missbrauchsverfahrens sind die bei der Markteinführung festgelegten Verkaufs- und Anzeigenpreise für die „NEUE“.

Im Rahmen der Markteinführung der „NEUEN“ hat die Moser GmbH für das neue Presseprodukt einen Einzelpreis von 0,50 Euro und einen Abonnementpreis von 10 Euro festgesetzt. Die „NEUE“ erscheint von Dienstag bis Sonntag. Die Verkaufspreise liegen damit deutlich niedriger als bei „Tiroler Krone“ (Einzelpreis von 0,90 Euro, Abonnementpreis von 14,40 Euro, Erscheinungszeitraum von Montag bis Sonntag) und „Tiroler Tageszeitung“ (Einzelpreis von 0,90 Euro und Abonnementpreis von 17 Euro, Erscheinungszeitraum von Montag bis Samstag).

Die Markteinführung der „NEUEN“ erfolgte zugleich mit dem neuen Anzeigenprodukt „Top Tirol“, das die Einschaltung von Anzeigen in der „Tiroler Tageszeitung“ und in der „NEUEN“ bündelt. Eine Einzelbelegung einer Anzeige im Anzeigenteil nur einer der beiden Zeitungen ist mit der Einführung von „Top Tirol“ nicht mehr möglich. Der Preis für die Veröffentlichung von gleichartigen Inseraten gleichzeitig in der „Tiroler Tageszeitung“ und der „NEUEN“ liegt allerdings nur geringfügig über jenem Preis, der vor dieser Bündelung für die Einschaltung eines solchen Inserates im Anzeigenteil der „Tiroler Tageszeitung“ verlangt worden ist. Der Preis für das Produkt „Top Tirol“ liegt mit 4,39 Euro je Millimeter (und Spalte) nur etwas höher als der bisherige Millimeterpreis von 4,27 Euro für Anzeigen in der „Tiroler Tageszeitung“.

Das Verfahren

Die Mediaprint sieht in der Gestaltung der Verkaufspreise und der Anzeigenpreise für die „NEUE“ den Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs erfüllt. Sie verweist darauf, dass auf dem LeserInnen- und Anzeigenmarkt für Tageszeitungen in Tirol die Moser GmbH eine marktbeherrschende Stellung innehat, die sie bei der Einführung des neuen Produkts missbräuchlich ausnütze. Die „NEUE“ sei in Aufmachung und Preisgestaltung gezielt als Konkurrenzblatt zur „Tiroler Krone“ auf den Markt gebracht worden und solle LeserInnen gewinnen, die von der „Tiroler Tageszeitung“ nicht angesprochen würden. Die niedrigen Vertriebspreise bei der „NEUEN“ könnten nicht kostendeckend sein und würden einen massiven Angriff mit Verdrängungsabsicht auf die Position der „Tiroler Krone“ darstellen. Weiters stelle das Anzeigenprodukt „Top Tirol“ eine missbräuchliche Maßnahme zur Marktverdrängung der Mediaprint dar. Der Kombinationstarif von Anzeigen im Anzeigenteil der beiden Zeitungen könne ebenfalls nicht kostendeckend sein, weil die Millimeterpreise für derartige Einschaltungen wesentlich höher seien als der neue Kombinationstarif. Es werde dadurch gezielt die dominante Stellung der „Tiroler Tageszeitung“ am Tiroler Tageszeitungsmarkt ausgenutzt und Anzeigevolumen bei den Mitbewerbern abgezogen. Mit dem neuen Medium werde auch nicht die Medienvielfalt gefördert, weil es aus demselben Haus wie die „Tiroler Tageszeitung“ stamme. Die Antragstellung begehrt im Wesentlichen die Abstellung des Marktmachtmissbrauchs bei der Gestaltung der Vertriebspreise sowie ein Verbot der zwingenden Bündelung der Einschaltung von Anzeigen im Anzeigenteil der „Tiroler Tageszeitung“ und der „NEUEN“.

Die Moser GmbH ihrerseits verweist auf die starke Marktstellung der Mediaprint auf dem österreichischen Tageszeitungsmarkt mit einem Marktanteil von über 50%. In Tirol habe die Mediaprint als Medieninhaberin der Tageszeitungen „Tiroler Krone“ (31,4% Reichweite) und „Kurier Tirol“ (4,2%) ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung. Die Moser GmbH bestätigt zwar ihre Marktführerschaft in Tirol, auf dem regionalen Werbemarkt erreiche sie unter Einbeziehung von substituierbaren Werbeformen allerdings nicht die Marktschwelle der Marktbeherrschungsvermutung. Zu den Vertriebspreisen der „NEUEN“ wird ausgeführt, dass man sich bei der Festlegung des Abonnementpreises an den Vorgaben der Presseförderung orientiert habe. Im Übrigen sei der „kalkulatorische Abonnementpreis pro Seite“ der Tiroler Krone niedriger als jener der „NEUEN“. Das Anzeigenprodukt „Top Tirol“ wurde laut Moser GmbH gewählt, um Synergieeffekte in den Bereichen Produktion, Marketing und Verkauf zu realisieren, die auch den EndverbraucherInnen zugute kämen. Ein getrennter Anzeigenverkauf würde den administrativen Aufwand unverhältnismäßig erhöhen, eine Preiserhöhung notwendig und damit den Markterfolg unmöglich machen. Die Bündelbelegung ermögliche letztlich erst die Herausgabe der neuen regionalen Tageszeitung, wodurch auch ein Beitrag zur Medienvielfalt geleistet würde. Die Gefahr der Marktverdrängung sei angesichts der Vormachtstellung der Medien

der Mediaprint am nationalen sowie am regionalen Tiroler Tageszeitungsmarkt nicht zu befürchten. Die Moser GmbH beantragt daher die Abweisung des Sicherungsantrags.

Entscheidung des Kartellgerichts

Das Kartellgericht als Erstgericht gab dem Sicherungsantrag im Sinne des Eventualbegehrens insoweit statt, als die zwingende Bündelung der Einschaltung von Anzeigen im Anzeigenteil der „Tiroler Tageszeitung“ und der „NEUEN“ den Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs erfüllt. Die übrigen Punkte des Sicherungsantrags wurden abgewiesen.

Die „Tiroler Tageszeitung“ hat laut Entscheidung des Kartellgerichts auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten (LeserInnen- und Anzeigenmarkt in Tirol) in Bezug auf Reichweite, Auflagenzahl sowie Umsatzerlöse aus dem Anzeigengeschäft eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 34 Kartellgesetz. So beträgt die Reichweite der „Tiroler Tageszeitung“ auf dem räumlich relevanten Markt „Tirol“ rund 62%, gefolgt von „Tiroler Krone“ mit 31,4% und „Kurier Tirol“ mit 4,2% (Media-Analyse 2003). Von den Anzeigenerlösen lukriert die „Tiroler Tageszeitung“ rund 44% der auf Tirol entfallenden Einschaltungen in Höhe von 70 Mio Euro.

Zum Verkaufspreis der „NEUEN“

Hinsichtlich der Preisgestaltung der „NEUEN“ hat das Kartellgericht eine gezielte KampfpPreisunterbietung (predatory pricing) nicht feststellen können. Es fehlte der Nachweis, dass die Preise für die „NEUE“ unter den durchschnittlichen variablen oder gar unter den durchschnittlichen Gesamtkosten der Erzeugung dieses Produktes lagen. Auch der Nachweis, dass es sich bei der Preisfestsetzung um eine gezielte Verdrängungsstrategie handelt, konnte nicht erbracht werden. Das Erstgericht hat daher den diesbezüglichen Sicherungsantrag als unbegründet abgewiesen.

Zum Anzeigenprodukt „Top Tirol“

Das Kartellgericht führt dazu aus, dass die Abnahme von Anzeigenraum in der „NEUEN“ zusätzlich zur Anzeigenbelegung in der „Tiroler Tageszeitung“ zumindest jenen Nachfragern aufgezwungen werde, die primär ein Interesse an einem möglichst niedrigen Preis habe. Zur Durchsetzung dieser wettbewerblich bedenklichen Maßnahme werde die marktbeherrschende Stellung der „Tiroler Tageszeitung“ eingesetzt. Wenngleich die Anzeigenbündelung eine zusätzliche Leistung und damit auch einen Zusatznutzen verschaffe, dessen Preis verhältnismäßig niedrig sei, so sei die Bündelung der Anzeigenteile aber auch geeignet, Mitbewerbern bestehendes Nachfragevolumen und noch ungenütztes Nachfragepotenzial nachhaltig zu entziehen. Dieser nachteilige Effekt auf den Markt sei laut Kartellgericht nicht zu vernachlässigen, weil die Bündelung der Anzeigenschaltung auf Dauer angelegt sei. Das Anzeigenprodukt „Top Tirol“ sei daher geeignet, kleinere Mitbewerber zu behindern und künftige Markteintritte zu erschweren. Die von der Moser GmbH angeführten Gründe für die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit der Bündelung konnten das Kartellgericht nicht überzeugen, weshalb in diesem Punkt dem Sicherungsantrag stattgegeben wurde. Sowohl die Mediaprint als auch die Moser GmbH haben gegen den Beschluss Rekurs erhoben.

OGH bestätigt Entscheidung des Kartellgerichts

Zum Rekurs der Mediaprint führt der OGH aus, dass die Moser GmbH mit dem Nachweis der deutlich geringeren Seitenanzahl ihrer Zeitung („Tiroler Krone“ hat im Durchschnitt um rund 43% mehr Seiten als die „NEUE“) einleuchtend und nachvollziehbar den Grund für den Preisunterschied der beiden Zeitungen bescheinigen konnte. Ein weiteres Argument für das Nichtvorliegen einer gezielten Vernichtungsstrategie wird im schlüssigen Motiv der Moser GmbH gesehen, dass auf dem umkämpften regionalen Markt ein Leserpotenzial von 40.000 Haushalten bestehe, das mit der Einführung der neuen Zeitung ausgeschöpft werden solle. Mit dem Hinweis auf die deutlich stärkere Finanzkraft der Mediaprint wurde der Beschluss des Kartellgerichts bestätigt.

Dem Rekurs der Moser GmbH wird von Seiten des OGH entgegengehalten, dass insbesondere kein detaillierter Kostenvergleich bei gebündeltem bzw. getrenntem Anzeigenvertrieb vorgelegt wurde, um die unverzichtbare Notwendigkeit des Anzeigenprodukts „Top Tirol“ zu bescheinigen. Der OGH bestätigt das Kartell-

gerichtet auch darin, dass das Anzeigengeschäft der Tageszeitungen einen von anderen Werbemedien unabhängigen Markt bilde, der sachlich und räumlich entsprechend dem LeserInnenkreis abzugrenzen sei. Bei der Prüfung, ob missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliege, sei stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Wichtig erscheint die Feststellung des OGH, wonach missbräuchlich jedes Verhalten ist, das darauf abzielt und geeignet ist, die Struktur eines Marktes mit leistungsfremden Mitteln zu beeinflussen. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die Mitbewerber dem marktmissbräuchlichen Verhalten standhalten können oder nicht.

Der OGH bestätigt den Beschluss des Kartellgerichts und betont, dass das von der Moser GmbH ins Treffen geführte Rationalisierungsinteresse im Rahmen der Interessenabwägung nicht so schwer wiege, dass es die für den Markt negativen Auswirkungen aufwiegen könnte. Abschließend hebt der OGH hervor, dass marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für die Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs tragen würden, so dass ihnen nur die Mittel eines fairen Leistungswettbewerbs zur Verfügung stünden.

Beiden Rekursen wurde nicht Folge gegeben. Mittlerweile wurde das Hauptverfahren eröffnet.

5.2.2 K*** GmbH ua und Bundeswettbewerbsbehörde und Constantin Film Holding GmbH ua¹⁹¹

*Der Constantin wurde vom Kartellgericht aufgetragen sämtliche Kinos der K*** mit Filmkopien zu beliefern, rechtzeitig die Starttermine bekannt zu geben, ihnen Werbematerial auszuliefern, und hinsichtlich der Kinos in Wien und Linz/Pasching die gleichen Bedingungen bei der Werbetätigkeit zu gewähren. Der Antrag auf Entflechtung wurde abgewiesen.*

Ulrike Ginner

Die Antragstellerinnen K*** ua betreiben jeweils Großkinos, die Constantin als Erstantragsgegnerin betreibt österreichweit einen Filmverleih und hält Mehrheitsbeteiligungen bzw ist sie Alleingesellschafterin an Gesellschaften, welche Kinos im ganzen Bundesgebiet betreiben. Darunter sowohl Multiplexkinos als auch kleinere Lichtspieltheater, weiters wird eine Reihe von Kinos von ihr programmiert.

K*** ua warfen der Constantin ua folgende Sachverhalte vor:

- Nichtbelieferung von Filmen zur Erstaufführung ohne sachlich hinreichende Begründung
- Zu- oder Absagen werden ungebührlich hinausgezögert
- Im Falle der Belieferung werden unangemessene Bedingungen (Vorführzeiten, Saalgröße, Spieldauer, Leihmieten etc) verlangt und auch eingefordert
- Bevorzugung der eigenen bzw programmierten Kinos bei der Belieferung, Versorgung mit Werbe- und Promotionsmaterial sowie bei Sonderwerbeaktionen, wie Premieren

Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte unter Bezugnahme auf die vorliegenden Anträge einen eigenen Antrag auf Untersagung der beanstandeten missbräuchlichen Verhaltensweisen, in eventu Feststellung, dass die beschriebenen Verhaltensweisen gegen das Missbrauchsverbot des § 35 KartG verstoßen. Es wurde auch ein Antrag auf Verhängung einer Geldbuße gestellt.

Das Kartellgericht fasste folgenden Beschluss:

Der Constantin wurde aufgetragen:

¹⁹¹ KOG vom 20. April.2005, 16 Ok 20/04

- die Belieferung sämtlicher von den Antragstellerinnen betriebenen Kinos mit Filmkopien, welche österreichweit mit mindestens zehn Kopien gestartet werden
- den Antragstellerinnen rechtzeitig, und zwar mindestens vier Wochen vor dem Filmstart, die Starttermine bekannt zu geben und die Belieferung zu bestätigen sowie ihnen unverzüglich Werbe- und Promotionsmaterial auszuliefern, sobald dieses zur Verfügung steht
- den Antragstellerinnen hinsichtlich deren Kinos in Wien und Linz/Pasching die gleichen Bedingungen bei der Werbetätigkeit im Rahmen des Filmverleihs zu gewähren wie den Kinos der Antragsgegnerinnen oder der programmierten Kinos

Weiters wurde eine Ermächtigung zur Entscheidungsveröffentlichung bewilligt. Der Antrag auf Entflechtung (Filmverleih – Lichtspieltheater) wurde abgewiesen.

Marktstruktur

In Österreich gibt es neben Constantin fünf weitere große Filmverleihgesellschaften, so genannte „US-Majors“, daneben mehrere kleinere unabhängige Anbieter. Die Anzahl der neu ausgewerteten Filme bewegte sich von 1999 bis 2003 zwischen 194 und 259 pro Jahr. 80% des Marktvolumens konzentrieren sich alljährlich auf die fünf bis sechs größten Verleiher.

1999 betrug der Marktanteil von Constantin rund 16% (gemessen an BesucherInnenzahlen und Einspielergebnissen). Von 1999 bis 2001 nahm sie unter allen österreichischen Verleihern einen der ersten drei Ränge ein. Bei den unabhängigen Verleihern war sie in diesen Jahren stets Marktführerin mit Marktanteilen zwischen 50 und 67%, 2000 und 2001 bewegte sich ihr Anteil mindestens zwischen 22% und 25%. 2002 sank ihr Verleihumsatz- und Besucheranteil auf rund 12%, ebenso 2003.

Für jede Erstaufführung steht dem österreichischen Markt nur eine begrenzte Anzahl an Filmkopien zur Verfügung, deren Höhe sich in erster Linie nach den Umsatzerwartungen richtet. Es werden drei Marktsegmente unterschieden: *Blockbusters* mit mindestens 50 Startkopien, ein Mittelsegment, welches das breitere Publikum anspricht mit Produktionen unterschiedlicher Herkunft und Genres mit 10 bis 49 Startkopien, schließlich qualitativ hochwertige Kunst- oder Nischenfilme, welche nur ein kunstsinniges oder an Spezialgebieten interessiertes Publikum ansprechen, mit bis zu 10 Filmkopien. Rund 20% der Filme sind Erfolg versprechend und fallen in das erste Segment, rund 40% in das zweite, der Rest fällt in das dritte Segment. Am Gesamtumsatzvolumen bzw GesamtbesucherInnenzahl gemessen, liegt das erste Segment bei rund 72%, das zweite bei rund 25% und das dritte bei rund 3%. Im mittleren Segment weist Constantin einen Marktanteil von rund 31% auf.

Das Kinowesen erfuhr in den letzten Jahrzehnten einen tief greifenden Strukturwandel. Mehrraumkinos, so genannte „Multiplexe“, verdrängten vor allem in den Landeshauptstädten die früher üblichen Einsaalkinos. Der Kinomarkt ist im Wesentlichen gesättigt, an weiteren Multiplexen besteht kein weiterer Bedarf. Vielmehr ist mit einer Konsolidierung zu rechnen, da der Markt stark überbelegt ist.

Der Wettbewerb unter den Kinos erfolgt im Wesentlichen über die Programmgestaltung und die Bewerbung der Filme. Der wirtschaftliche Erfolg für Multiplexe hängt von der Breite des Filmangebots ab. Bei ihrer Programmgestaltung sind sie auf jeden Film angewiesen, der in Österreich neu auf den Markt kommt und nicht zu einem absoluten Minderheitsprogramm zählt. Die Multiplexkinos der K*** bringen in etwa 180 bis 200 Filme im Jahr. Es ist daher für Multiplex-Betreiber wichtig, neben den *Blockbusters* auch ausreichend Zugriff auf Filme des zweiten Segments zu haben.

Eine geringfügige Erhöhung der Kopienanzahl auf dem österreichischen Markt stößt selten auf ein wirtschaftliches Hindernis und scheitert auch nicht an einem Einwand der Lizenzgeber. Die einzelnen Filme werden nach internen „Rankings“ verliehen. Maßgeblich für die Reihung sind die Umsätze aus dem eigenen

Verleih, die Reihung steht somit letztlich im Belieben des Verleihers und ist für das Kinounternehmen nicht überprüfbar.

Festgestellte Sachverhalte

Bei Constantin erfolgen Filmstarts im Allgemeinen mit weniger Kopien als bei anderen Verleihern. Sie verweigert eine Belieferung immer wieder mit dem Hinweis auf eine zu geringe Startkopienanzahl und verweist auf das verleihinterne Umsatzranking.

Darüber hinaus schiebt sie eingehende Bestellungen zeitlich immer wieder hinaus, versorgt die eigenen Kinos vielfach früher mit Werbematerial, *sneak-previews* (das sind Überraschungsfilm in Originalversion zu Testzwecken), setzt sie vorwiegend in eigenen Kinos ein und verständigt andere Kinos – anders als die Wettbewerber – nicht über das Vorhandensein solcher Kopien. Premieren werden von Constantin – unter Beteiligung von Medien – ausschließlich in eigenen Kinos aufgeführt.

Constantin ist Alleineigentümerin einer Gesellschaft, welche sich für die Gestaltung des Internetauftritts unter www.cineplex.at verantwortlich zeichnet. Dieses Portal berichtet über aktuelle Filme, gleichzeitig können Kinokarten für die eigenen Kinos reserviert und bestellt werden.

Marktbeherrschung

Constantin bringt im *mainstream*-Bereich, also bei Filmen die mit mindestens 10 Kopien starten, jährlich die größte Zahl an Filmen heraus. Auch bei Filmen des mittleren Segments zeigt sich, dass Multiplex-Betreiber, die für ihre mindestens acht Leinwände eine Vielzahl attraktiver Filme benötigen, nahezu auf jeden Film wirtschaftlich angewiesen sind. Constantin bietet durchschnittlich jede Woche eine neue Produktion an. Ihr kommt daher eine marktbeherrschende Stellung gem § 34 Abs 2 KartG zu. Die vertikale Integration mit einer österreichweiten breiten Streuung von eigenen und programmierten Kinos ermöglicht es ihr auch, das Verleihgeschäft unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu gestalten. Vor allem im mittleren Filmsegment bevorzugt sie immer wieder die eigenen Kinos. Die Marktmacht wird auch nicht durch die Wirtschafts- und Finanzkraft internationaler Mutterkonzerne der sonstigen inländischen Filmverleihunternehmen geschmälert.

Marktmachtmissbrauch

Marktbeherrschende Unternehmen dürfen aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen Vertragsabschluss ablehnen. Constantin muss daher nicht jedes österreichische Kino auf Wunsch mit jedem von ihr auf den inländischen Markt gebrachten Film beliefern. Ihre berechtigten Interessen an der bestmöglichen wirtschaftlichen Auswertung an Filmwerken rechtfertigen eine Begrenzung der Anzahl an Startkopien. Es obliegt aber alleine dem Marktbeherrscher eine Nichtbelieferung sachlich zu rechtfertigen. Unter diesem Aspekt ist jede – trotz Nachfrage – begründungslos gebliebene Ablehnung einer Geschäftsaufnahme als sachlich nicht gerechtfertigt anzusehen. Eine Ablehnung mit dem Argument einer begrenzten Startkopienanzahl entspricht nicht den Gegebenheiten und ist keinesfalls eine ausreichende Begründung für die Nichtbelieferung. Es müsste plausibel dargelegt werden, dass die Erhöhung der Kopienanzahl im Einzelfall die bestmögliche wirtschaftliche Auswertung gefährden würde. Diesem ist Constantin nicht nachgekommen. Auch der Verweis auf ein unternehmensintern geführtes „Ranking“ ist keine hinreichende sachliche Begründung. Auch für die immer wieder ungebührliche Verzögerung der Annahme von Vertragsanboten fehlt die sachliche Begründung.

Entflechtungsmaßnahmen kamen nicht in Betracht, da die festgestellten Missbräuche nicht geeignet sind, die Medienvielfalt zu beeinträchtigen.

Constantin ua brachten einen Rekurs gegen den stattgebenden Teil dieses Beschlusses ein, gegen den abweisenden Teil auch die Antragstellerinnen K*** ua sowie die Bundeswettbewerbsbehörde.

Neben prozessualen Fragen, insbesondere ob das Kartellobergericht nach den Bestimmungen des neuen Außerstreitgesetzes auch Tatsacheninstanz sei, was dieses verneinte, wurde die vom Kartellgericht vorge-

nommene Marktabgrenzung – Filme des Mittelsegmentes mit einer Startkopienanzahl zwischen 10 und 49 für Multiplexkinos mit mindestens acht Leinwänden – bestätigt.

Ebenso wurde der Kontrahierungszwang bestätigt: Eine Lieferablehnung aufgrund des alleinigen Hinweises auf eine geringe Anzahl von Starkopien sowie des Hinweises auf ein unternehmensinternes „Ranking“ wurden nicht als sachlich gerechtfertigte Gründe angesehen. Es wurde dabei auch ausgesprochen, dass das Kostenrisiko teilweise auf die KinounternehmerInnen überwälzt werden könnte. Sollte es also aufgrund der künftigen Bestellpraxis dazu kommen, dass höhere Kosten für Startkopien nicht durch höhere Erlöse aufgewogen werden können, so würde dies höhere Verleihentgelte rechtfertigen.

Auch nach dem Kartellobergericht können keine Entflechtungsmaßnahmen angeordnet werden. Zudem ist diese Maßnahme nur als letztes Mittel – nach einer Interessenabwägung und der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – einzusetzen. Außerdem sei anzunehmen, dass ein Abstellungsauftrag ausreicht, um die Unternehmen von weiteren Missbräuchen abzuhalten.

5.3 Entscheidungen über Zusammenschlüsse

5.3.1 Systempartnervertrag: Spar AG – Spar Kaufleute¹⁹²

Der Systempartnervertrag stellt keinen Zusammenschluss dar, der Feststellungsantrag wurde mangels Kompetenz zurückgewiesen. Entscheidend ist, ob bei ausschlaggebenden Entscheidungen (Investitionen, Produktion, Vertrieb) die eigenen wettbewerblichen Interessen in einem anderen Unternehmen durchgesetzt werden können. Die SystempartnerInnen behalten die unternehmerische Entscheidungsgewalt.

Ulrike Ginner

Die Antragstellerin Spar AG, welche mit selbstständigen Spar-Kaufleuten sowohl auf Basis reiner Lieferverträge als auch auf Basis von Systempartnerverträgen zusammenarbeitet, begehrte die Feststellung, ob im Falle der Übernahme bzw. Rücknahme eines im Eigentum oder in Hauptmiete der Spar AG stehenden Standortes, an welchem von einem selbstständigen Spar-Kaufmann ein Spar-Markt betrieben wurde, der Tatbestand eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses erfüllt ist, wenn dabei die maßgeblichen Schwellenwerte überschritten werden.

Weiters wurde an das Kartellgericht die Frage herangetragen, ob und inwieweit der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag einen Zusammenschluss bzw. Kartelltatbestand verwirklicht.

Gesellschaftsrechtlich bestehen keine Verbindungen zwischen der Spar AG und den selbstständigen Spar-Kaufleuten. Die Spar AG beabsichtigte nach Abschluss des Kartellverfahrens bzw. der Klärung der Frage, ob durch einen neuen SystempartnerInnenvertrag ein Zusammenschlusstatbestand iS eines beherrschenden Einflusses geschaffen werde, diesen mit jenen selbstständigen Spar-Kaufleuten abzuschließen, die über mindestens 400m² Verkaufsfläche und mindestens 93 Regalmeter für das Trockensortiment verfügen. Der Kooperationsvertrag soll auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende des Kalenderjahres abgeschlossen werden.

Die Spar AG beliefert EinzelhändlerInnen mit allen Waren des durch das Konzept definierten Sortiments. Eine Abnahmeverpflichtung, ausgenommen für Aktionssortimente, besteht nicht. Im Vorhinein wird jährlich und einvernehmlich ein Budget erstellt und darauf basierend der Einkaufsplan des Einzelhändlers vereinbart. Bei Erfüllung dieses Plans erhält der/die EinzelhändlerIn eine Systemvergütung von 1% seines Umsatzes.

Für die Sicherstellung des Betriebskonzepts ist die Spar AG berechtigt folgende Letztentscheidungen zu treffen, soweit diese Maßnahmen vom Handbuch abweichen:

¹⁹² KOG vom 4.4.2005, 16 Ok 4/05

- Abschluss und Auflösung von Arbeitsverträgen
- Investitionsentscheidungen
- Zustimmung zur Aufnahme von Sortimentsgruppen

Weiters

- Betriebsverlegungen
- Zustimmung zur Eröffnung anderer Betriebe des/der Einzelhändlers/in, wenn diese Einfluss auf den ver- tragsgegenständlichen Supermarkt haben

Der Einzelhändler ist verpflichtet zu

- Durchführung des gesamten Verkaufs unter Einsatz von Scanner-Kassen
- Durchführung von Aktionen
- genauer Einhaltung der vorgegebenen Verkaufspreise für Aktionsartikel, sowie Eigen-, Exklusiv- und Handelsmarken
- Bekanntgabe seiner Stellung als rechtlich selbstständiger Unternehmer
- Unterlassung des Bezugs von Eigen-, Exklusiv- und Handelsmarken von MitbewerberInnen
- Leistungsbezahlung an die Spar AG in Höhe von 0,6% des Nettoverkaufsumsatzes zzgl USt
- Tätigung bestimmter Investitionsvolumina
- Nicht-Überschreitung bestimmter Personalkosten gemäß Handbuch

Weiters bestehen ein

- Veräußerungsverbot des Unternehmens an MitbewerberInnen
- Verbot des Anteilerwerbs mit wesentlichen Einflüssen an Unternehmen eines/r Mitbewerbers/in

sowie Bestimmungen über

- wechselseitige Geheimhaltungspflichten
- Vertragsstrafen bei Vertragsverletzungen

Nach Ansicht der Spar AG wird durch das entwickelte Vertragsformblatt ein beherrschender Einfluss auf selbstständige Spar-Kaufleute ausgelöst, weil diese in der Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmensfunktion gerade bei Entscheidungen im Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit beschränkt werden und insbesondere betreffend der Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, der Kapitalbeschaffung, der Investitionstätigkeit und Personalpolitik von der vorhergehenden Zustimmung der Spar AG abhängig sind.

Das Kartellgericht stellte fest, dass im Falle einer Übernahme/Rücknahme ein anmeldepflichtiger Vorgang vorliegt und der Systempartnerschaftsvertrag keinen Zusammenschluss verwirklicht. Der Antrag auf Feststellung, ob der gegenständliche Vertrag einen Kartelltatbestand verwirklicht, wurde mangels Feststellungskompetenz zurückgewiesen.

Das Kartellobergericht bestätigte diese Entscheidung mit folgenden Begründungen:

Der Senat des KOG hat sich bereits in mehreren Entscheidungen mit dem Begriff der Einflussmöglichkeit im Sinne des § 41 KartG auseinandergesetzt und ausgeführt, dass der kartellrechtliche Beherrschungsbegriff weiter gehe als jener des Gesellschaftsrechts. Entscheidend ist, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (zB Investitionen, Produktion und Vertrieb)

seine eigenen wettbewerblichen Interessen in einem anderen Unternehmen durchsetzen kann. Solches wäre dann der Fall, wenn es wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens bestimmen kann. Von einem beherrschenden Einfluss könne dann nicht gesprochen werden, wenn dem Zielunternehmen die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmerfunktion offen steht, wozu insbesondere die Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen (Aufnahme, Fortführung oder Einstellung des Betriebs auf eigene Rechnung, Branchenwechsel, Lieferantenwechsel etc), die Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie eigene personalpolitische Entscheidungen zählen.

Auf den gegenständlichen Sachverhalt umgelegt bedeutet dies:

Auch wenn die SystempartnerInnen einzelne Entscheidungen nicht selbstständig treffen können, so behalten sie doch – bei einer Gesamtschau des Vertragsverhältnisses – die unternehmerische Entscheidungsgewalt in ihrem Unternehmen, soweit es die entscheidende Willensbildung bei Festlegung der Geschäftsführung und Geschäftspolitik und damit der Unternehmensstrategie betrifft:

- die Systempartner sind im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig
- sie teilen den Gewinn nicht mit der Spar AG
- sie entscheiden – innerhalb der üblichen Kündigungsfristen – frei über
 - o die Dauer ihrer Eingliederung in das System
 - o Kapitalbeschaffung und Art der Investition
 - o Auswahl und Ausbildung ihrer MitarbeiterInnen
 - o Einkaufsmenge und -partnerInnen (Ausnahme: Eigenmarken)
 - o Verkaufspreise (außer Eigenmarken und Aktionen)

Gegenüber diesen wesentlichen Entscheidungsbefugnissen fallen die vertraglichen Bindungen nicht so stark ins Gewicht, sodass durch diese auch kein beherrschender Einfluss auf die Systempartner ausgeübt werden kann. Insofern wird auch durch den Systempartnervertrag kein Zusammenschlusstatbestand erfüllt.

Zur Frage inwieweit das Kartellgericht eine Entscheidungskompetenz hinsichtlich des Feststellungsbegehrens habe, ob durch den SystempartnerInnenvertrag eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliege, verneinte dies das KOG mit folgender Begründung:

Da die Spar AG gemäß verfahrenseinleitenden Schriftsatzes beabsichtigte, den vorgelegten Systempartnerschaftsvertrag mit EinzelhändlerInnen österreichweit abzuschließen, könne die kumulative Wirkung im Sinne der Bündeltheorie zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen. Aufgrund der Anwendbarkeit von Art 81 bietet gem VO 1/2003 vom 1.5.2004¹⁹³ § 8a KartG¹⁹⁴ keine Grundlage mehr.

5.3.2 Schladminger Brauerei – Brau Union¹⁹⁵

Die Erhöhung der Beteiligung von 33% auf 90% des Stammkapitals ist an sich anmeldepflichtig, in gegenständlichem Fall aber aufgrund des Konzernprivilegs nicht.

Ulrike Ginner

Im Jahr 2001 meldete die Zusammenschlusswerberin Brau Union Österreich AG einen Beteiligungserwerb im Ausmaß von 33% am Stammkapital der Schladminger Brau GmbH an. Diese Beteiligung wurde von der

¹⁹³ Diese sieht eine Selbstbeurteilung durch die Unternehmen vor.

¹⁹⁴ Feststellung, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem KartG unterliegt.

¹⁹⁵ KOG vom 30.5.2005, 16 Ok 16/04.

Raiffeisen Landesbank-Beteiligungs- und Treuhandgesellschaft mbH (RLB) abgetreten. Gleichzeitig wurde ein Syndikatsvertrag zwischen Brau Union und RLB als Mehrheitsgesellschafterin abgeschlossen. Im Zuge dieser Zusammenschlussanmeldung wurden von den damaligen Amtsparteien Arbeiterkammer und Bund Prüfungsanträge gestellt. Der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten wurde vom Kartellgericht mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Die Zusammenschlusswerberinnen gaben die Zusage ab, dass der Standort der Brauerei Schladming zumindest während der nächsten drei Jahre aufrechterhalten bleiben würde. Der Zusammenschluss wurde sodann unter dieser Bedingung freigegeben.

Anfang 2004 wurde bekannt gegeben, dass die nunmehrige Antragsgegnerin Brau Union ihre Beteiligung an der Brauerei Schladming von 33% auf 90% erhöht habe. Die restlichen 10% der Anteile werden weiterhin von einer Genossenschaft lokaler Gastronomiebetriebe gehalten, die bis 1996 Alleineigentümerin der Brauerei Schladming war.

Der Bundeskartellanwalt beantragte die Feststellung, dass diese Beteiligungsaufstockung in verbotener Weise durchgeführt wurde, da keine Zusammenschlussanmeldung vorgenommen wurde. Das Kartellgericht gab diesem Antrag statt, da der ursprüngliche Syndikatsvertrag der Antragsgegnerin nicht die alleinige Kontrolle über die Brauerei Schladming verschafft hätte. Sie hätte bloß die Stellung einer „Mitbeherrscherin“ gehabt. Durch die Aufstockung der Beteiligung sei sie zur „Alleinbeherrscherin“ geworden. Zudem stehe der Veräußerer nicht mit der Antragsgegnerin in einem Konzernverhältnis.

Das Kartellobergericht gab dem Rekurs der Antragsgegnerin statt.

Die Erhöhung der Beteiligung der Antragsgegnerin an der Brauerei Schladming von 33% auf 90% des Stammkapitals erfüllt für sich allein betrachtet den Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 KartG. Trotz Vorliegens dieses formalen Tatbestandes liegt kein anmeldungspflichtiger Zusammenschluss vor, wenn das Konzernprivileg gem § 41 Abs 3 KartG anzuwenden ist.

Für das Vorliegen des Konzernprivilegs gem § 41 Abs 3 KartG könne es auch im Einzelfall genügen, wenn die beteiligten Unternehmen im Sinne des § 41 Abs 1 Z 5 KartG (beherrschender Einfluss) miteinander verbunden sind.

Eine konzernmäßige Verbundenheit zwischen der Antragsgegnerin und der Brauerei Schladming auf Grund des ersten, vom Erstgericht freigegebenen Zusammenschlusses, war bei der Erhöhung der Beteiligung gegeben. Diese Verbindung ging infolge der durch den Syndikatsvertrag jeweils mit der Mehrheitsgesellschafterin hervorgehobenen Stellung der Antragsgegnerin über eine bloße Minderheitsbeteiligung hinaus und sei als Verbindung iSd § 41 Abs 1 Z 5 KartG zu qualifizieren. Das Kartellobergericht hat sich bereits in der Entscheidung 16 Ok 9/01 mit dem Begriff der Einflussmöglichkeit iSd Bestimmung auseinandergesetzt. Der kartellrechtliche Beherrschungsbegriff gehe weiter als jener des Gesellschaftsrechts. Entscheidend sei, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (zB Investitionen, Produktion und Vertrieb) seine eigenen wettbewerblichen Interessen in einem anderen Unternehmen durchsetzen kann. Solches wäre dann der Fall, wenn es wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens bestimmen kann.

Auf den gegenständlichen Sachverhalt umgelegt bedeutet dies: Im Syndikatsvertrag 2001 wurde vereinbart, dass die Betriebsführung der Brauerei Schladming allein durch die Brau Union erfolgen sollte, sie war darüber hinaus verantwortlich für die Durchführung aller Maßnahmen der Geschäftsführung, einschließlich aller Weisungen an die Geschäftsführung. Weiters war die RLB als Mehrheitsgesellschafterin generell zur Zustimmung zu allen von der Brau Union vorgeschlagenen Geschäftsführungsmaßnahmen verpflichtet. Außerdem war die RLB in bestimmten Materien auf die Zustimmung der Brau Union angewiesen (insbesondere konnte Letztere Investitionsentscheidungen verhindern). Dadurch konnte die Brau Union einen beherrschenden Einfluss iSd § 41 Abs 1 Z 5 KartG auf die Brauerei Schladming und somit im Kern den alleinigen Einfluss auf das Wettbewerbspotenzial des abhängigen Unternehmens ausüben. Dies gab ihr die Möglichkeit, die eige-

nen Wettbewerbsinteressen im Verhältnis zur RLB und gegenüber dem abhängigen Unternehmen abzustimmen und durchzusetzen.

Das Erlangen eines beherrschenden Einflusses gem § 41 Abs 1 Z 5 KartG schließt somit die neuerliche Anmeldepflicht aus, auch wenn Sachverhalte vorliegen, die die Kriterien nach Abs 1 Z 1 bis 4 KartG erfüllen.

5.4 Entscheidungen über Geldbußen

5.4.1 Preisabsprache: Grazer Fahrschulen

Über sechs geständige Fahrschulinhaber wurde eine Geldbuße von insgesamt 75.000 Euro verhängt.

Ulrike Ginner

Nachdem die Bundeswettbewerbsbehörde auf Anregung der Arbeiterkammer gegen mehrere Grazer Fahrschulinhaber Ende Jänner 2005 wegen des Verdachtes illegaler Preisabsprachen einen Bußgeldantrag beim Kartellgericht eingebracht hatte¹⁹⁶, verhängte dieses nach umfangreichen Zeugenbefragungen Ende Oktober 2005 über sechs Fahrschulgesellschaften bzw. Fahrschulinhaber eine Geldbuße von insgesamt 75 000,- Euro¹⁹⁷. Diesem Verfahren hat sich auch der Bundeskartellanwalt angeschlossen.

Bei der Bußgeldbemessung wurde berücksichtigt, dass die Fahrschulinhaber geständig waren. Aufgrund eines Rechtsmittelverzichtes aller Parteien ist die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen.

5.4.2 Lenzing AG¹⁹⁸

Wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses wurden vom Kartellgericht 1,5 Mio Euro Bußgeld verhängt. Durch die Höhe soll klar gemacht werden, dass derartige Rechtsverletzungen kein Kavaliersdelikt sind.

Ulrike Ginner

Am 4. Mai 2004 gab die Lenzing AG bekannt, die Unternehmensgruppe Tencel zur Gänze übernommen zu haben. Der Zusammenschluss wurde vorsorglich angemeldet.

Mit Beschluss vom 14. Februar 2005, 16 Ok 1/05 wurde die Untersagungsentscheidung des Kartellgerichtes vom Kartellobergergericht bestätigt. Daraufhin kam es zu einer Neuanschuldung mit umfangreichen Verpflichtungszusagen. Dieser Zusammenschluss wurde sodann per 5. April 2005 freigegeben.¹⁹⁹

Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragte die Feststellung der verbotenen Durchführung, sowie die Verhängung einer Geldbuße. Diesen Anträgen schloss sich der Bundeskartellanwalt an.

Das Kartellgericht verhängte schließlich eine Geldbuße in Höhe von 1,5 Mio Euro.

Als maßgeblich für die verbotene Durchführung wurde auf den Zeitraum 4. Mai 2004 bis 5. April 2005 abgestellt. Eingehend befasste sich das Kartellgericht mit der Frage, was unter der Durchführung eines Zusammenschlusses zu verstehen sei.

Als Durchführungshandlungen wurden die Ausweitung der strategischen Planung im Lyocell-Bereich, insbesondere die generelle Verwendung der Marke Tencel, die Integration von Tencel in den Lenzing-Konzern mit

¹⁹⁶ siehe auch Märkte – Wettbewerb – Regulierung, Wettbewerbsbericht der AK 2005, Teil 1 S 95f.

¹⁹⁷ siehe auch www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/fsgraz.htm.

¹⁹⁸ KG vom 7. Juni 2005, 27 Kt 245/04.

¹⁹⁹ siehe auch Märkte – Wettbewerb – Regulierung, Wettbewerbsbericht der AK 2005, Teil 1 S 97f.

Kosten im Ausmaß von über 4 Mio Euro und der entsprechenden Bilanzierung angesehen. Weiters wurde die Pilotanlage von Tencel geschlossen und MitarbeiterInnen entweder gekündigt oder am Lenzing-Standort weiterbeschäftigt. Während des maßgeblichen Zeitraums wurden auch die Verkaufsbüros von Tencel teilweise geschlossen bzw teilweise mit jenen von Lenzing zusammengelegt, ebenso die Agenturverträge mit HandelsvertreterInnen in verschiedenen Teilen der Welt.

Auch wenn sich diese Durchführungshandlungen nicht unmittelbar auf österreichische AbnehmerInnen ausgewirkt haben, sind diese als maßgeblich anzusehen, da sich die Untersagungsverfügung nicht ausschließlich auf die Marktanteilsaddition in Österreich sondern auch auf die sonstigen Tatbestände des § 34 KartG (Finanzkraft, Beziehung zu anderen Unternehmen, Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten etc) gestützt hat. Diese Umstände treten aber vor allem dadurch ein, dass sich die wirtschaftliche Stellung der Lenzing als solche und die ihres Lyocell-Bereichs im Verhältnis zum gesamten Markt verändert hat. Diese Veränderungen erfolgen jedenfalls durch die festgestellten Integrationsmaßnahmen unabhängig davon, in welchem Teil der Welt sie durchgeführt werden.

Das Verschulden der Lenzing AG wurde bestätigt, da sie auch für ein etwaiges Verschulden einer unrichtigen anwaltlichen Beratung einzustehen hat. Immerhin war ihr die Marktabgrenzung der ursprünglichen Untersagungsentscheidung der EU-Kommission bekannt. Darüber hinaus ist nach dem österreichischen Kartellgesetz nicht nur eine Marktanteilsaddition für die Beurteilung der Marktbeherrschung von Relevanz. Auch das von einigen Senaten des Kartellgerichts herangezogene Wirkungsprinzip findet nur bei Zusammenschlüssen Berücksichtigung, bei denen inländische Auswirkungen praktisch „denkunmöglich“ sind, nicht aber, wenn diese nur „nicht sicher“ sind. Die Antragsgegnerin, hat selbst nach der erstinstanzlichen Untersagungsentscheidung keine Anstrengungen unternommen das Durchführungsverbot zu respektieren.

Somit liegt ein nicht unerheblicher Grad des Verschuldens vor. Auch ist von einer nachhaltigen und konsequenten Rechtsverletzung auszugehen.

Zu berücksichtigen ist auch die erzielte „Bereicherung“. Diese wurde mit etwa 10 Mio Euro jährlich, bei Einmalkosten der Fusion von rund 5 bis 6,5 Mio Euro beziffert. Da die Effizienzgewinne in etwa ein Jahr früher lukriert werden konnten, wurde dieser Vorteil unter Berücksichtigung der Eigenkapitalrentabilität als Bereicherung bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße herangezogen.

Das Kartellgericht weist ausdrücklich darauf hin, dass durch die Höhe der konkret auferlegten Geldbuße sowohl der Antragsgegnerin als auch anderen Unternehmen klargemacht werden soll, dass derartige Rechtsverletzungen kein Kavaliersdelikt sind. Weiters ist das Kartellgericht bei künftigen Entscheidungen im Bedarfsfall auch bereit, dem pönalen Charakter mehr Gewicht zu verleihen und auch wesentlich höhere Geldbußen zu verhängen.

5.5 Entscheidungen über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

5.5.1 Honorarordnung der Baumeister²⁰⁰

Die „Honorarordnung der Baumeister“ ist zu widerrufen - dies hat auch das Kartellobergericht entschieden. Auch unverbindliche Verbandsempfehlungen stellen eine Einschränkung des Wettbewerbs dar.

Rudolf N. Reitzner

Gegen den Beschluss (Auftrag) des Kartellgerichts vom 14. April 2005, die unverbindliche Verbandsempfehlung „Honorarordnung der Baumeister“ (HOB) zu widerrufen, hatte die Antragsgegnerin Bundesinnung Bau einen Rekurs eingebracht. Diesem wurde seitens des Kartellobergerichts nicht Folge gegeben.

Die Honorarordnung der Baumeister war – verschiedentlich geändert – seit dem Jahr 1978 ins Kartellregister eingetragen gewesen; im Mai 2004 wurde sie in aktualisierter Fassung, ua mit erhöhtem „Zeitgrundhonorar“²⁰¹, beim Kartellgericht angezeigt.

Der Bundeskartellanwalt beantragte im Juni 2004 den Widerruf der Honorarordnung der Baumeister, da dieser va im Hinblick auf die empfohlenen Honorarsätze der Hinweis auf deren Unverbindlichkeit fehle. Es werde der Eindruck vermittelt, dass es sich um einen verkehrsüblichen „Tarif“ handle; das hohe Preisniveau der HOB wirke sich daher va gegenüber Einzelpersonen und kleineren Bauträgern und damit für KonsumentInnen besonders negativ aus.

Kurz darauf beantragte auch die Bundeswettbewerbsbehörde den Widerruf der Honorarordnung der Baumeister, da diese durch Angabe konkreter Preise dazu geeignet sei, den Preiswettbewerb zu beschränken. Der verpflichtende Charakter werde durch die Bezeichnung „Ordnung“ verstärkt.

Das Kartellgericht erteilte schließlich den Auftrag (April 2005), die bislang eingetragene Honorarordnung der Baumeister 2000 zu widerrufen: Der Zweck der HOB sei auf eine Koordinierung der Preise der planenden Baumeister gerichtet, damit werde eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art 81 Abs 1 EG angestrebt. Es werde somit Art 81 Abs 1 EG („Kartellverbot“) verletzt, eine Rechtfertigung im Sinne des Art 81 Abs 3 EG („Freistellung“) sei nicht gegeben²⁰².

Da die neu angezeigte Fassung der Honorarordnung der Baumeister (2004) noch nicht hinausgegeben worden war, könne auch deren Widerruf nicht angeordnet werden; die darauf gerichteten Anträge wurden vom Kartellgericht daher abgewiesen.

Das Kartellobergericht bestätigte die Auffassung des Kartellgericht und führte insbesondere aus:

Der EuGH hat festgestellt, „dass eine Empfehlung, selbst wenn sie nicht verbindlich ist, der Anwendung des Art 81 EG ... nicht entzogen ist, wenn der Beschluss ein getreuer Ausdruck des Willens des Verbandes war, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt der Empfehlung zu koordinieren; dann liegt ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung vor“. Die Bundesinnung habe mit der „Hinausgabe der HOB angestrebt, dass sich die aus der HOB ergebenden Honorare am Markt durchsetzen“. Es werde durch die Honorarordnung der Baumeister beabsichtigt, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt für baumeisterliche Planungs- und

²⁰⁰ Rekurs der Bundesinnung Bau wegen der Erteilung eines Auftrags zum Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung – Beschluss des Kartellobergerichts vom 20. Dezember 2005.

²⁰¹ Entgelt von Euro ... je Stunde. Gemäß HOB kann das Honorar vereinbart werden: als Werthonorar (abhängig vom Herstellungspreis), als Pauschalhonorar (nach freier Vereinbarung) oder als Zeithonorar (nach Zeitaufwand). Die in der HOB enthaltenen Honorarsätze sind übliches Entgelt für Planung, Berechnung, Bauleitung, Beratung, Projektmanagement und Sachverständigentätigkeit.

²⁰² Gegen diesen Auftrag richtete sich der Rekurs der Bundesinnung.

Betreuungsleistungen zu koordinieren. Der EuGH habe befunden, „dass schon die Festsetzung von Preisen durch eine Unternehmensvereinigung, sei es auch nur von Richtpreisen, den Wettbewerb dadurch beeinträchtigt, dass diese Richtpreise sämtlichen Teilnehmern am Kartell die Möglichkeit geben, mit hinreichender Sicherheit vor auszusehen, welche Preispolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden“. Hatte aber die Verbandsempfehlung „die Beschränkung des Wettbewerbs zum Ziel, so ist es unerheblich, wenn die festgesetzten Preise in der Praxis nicht beachtet werden, indem Nachlässe gewährt werden“. Die Honorarordnung der Baumeister richte sich an Baumeister in ganz Österreich und entfalte darüber hinaus auch grenzüberschreitende Wirkungen; weiters bestehen gleichartige Honorarempfehlungen (Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten), was zu einer kumulativen Wirkung und damit zu einem erheblichen Gesamtumsatz des betroffenen Bauplanungsmarktes führe. „Die tatsächlichen oder möglichen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel (sind vor diesem Hintergrund) erheblich.“ Aus den skizzierten Gründen wurde Art 81 Abs 1 EG verletzt.

Eine Nichtanwendung des Kartellverbots (Art 81 Abs 1) gemäß Art 81 Abs 3 komme nicht in Frage, da „von einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht die Rede sein kann“.

Die Beschlüsse (und deren Begründungen) von Kartellgericht und Kartellobergericht im dargestellten Fall sind als richtungsweisende Entscheidungen anzusehen, an denen die Rechtmäßigkeit anderer unverbindlicher Verbandsempfehlungen zu messen sein wird.

5.5.2 Fachverband der Reisebüros – Lufthansa²⁰³

Das Vertriebssystem der Lufthansa erfüllt nicht den Tatbestand der vertikalen Preisbindung

Ulrike Ginner

Der Fachverband der Reisebüros beantragte beim Kartellgericht der Deutschen Lufthansa die weitere Durchführung der Vereinbarung über den Verkauf von Lufthansa-Dokumenten und/oder die Verwendung inhaltlich übereinstimmender Vertragsmuster zu untersagen, da das neue Vertriebsmodell der Lufthansa einerseits den Tatbestand eines Ankündigungskartells iSd § 12 Abs 2 KartG erfülle, andererseits mit dem Preisbindungsverbot nach § 13 KartG und Art 81 EG unvereinbar sei.

Die Lufthansa als größte deutsche Fluggesellschaft kündigte am 21.4.2004 mit Wirkung zum 31.10.2004 die mit den Reisebüros bestehenden Vermittlungsverträge („Passageagenturvertrag“). Diese Verträge sahen im Wesentlichen vor, dass die Reisebüros von den Luftlinien ermächtigt wurden, den Verkauf von Beförderungsleistungen und die Ausstellung der Beförderungsdokumente im Namen und auf Rechnung der Luftlinien vorzunehmen. Für diese Dienstleistungen wurde den Reisebüros eine Basisprovision in Höhe von 5% des Ticketpreises gewährt. Neben der Lufthansa gingen auch andere Fluglinien zu einem neuen Abrechnungssystem über. Die neuen Vermittlungsverträge sehen nun insbesondere vor, dass die Reisebüros keine gesonderte Vergütung für ihre Dienstleistungen mehr erhalten. Seitens der Reisebüros sind sodann die Nettopreise inkl Steuern, Gebühren und sonstiger Zuschläge abzuführen. Im Gegensatz zu Direktbuchungen durch EndabnehmerInnen sind sie allerdings von der *Ticket-Service-Charge* befreit. Dem Reisebüro ist es sodann selbst überlassen von KundInnen für die Beratungs- und Buchungsleistungen Serviceentgelte einzuheben. Die Nettopreise der Beförderungsleistung werden von der Fluglinie festgelegt und direkt auf dem Ticket aufgedruckt.

Das deutsche Bundeskartellamt²⁰⁴ hat nach eingehender, mehrmonatiger Prüfung entschieden, kein Untersagungsverfahren gegen die Deutsche Lufthansa AG wegen der Streichung der Grundprovision für die Reisebüros einzuleiten, da grundsätzlich auch ein marktstarkes Unternehmen einen unternehmerischen Gestal-

²⁰³ KOG vom 30.5.2005, 16 Ok 8/05.

²⁰⁴ Pressemeldung des Bundeskartellamts vom 26. Juli 2004.

tungsspielraum in betriebswirtschaftlicher Hinsicht müsse nutzen können. Das Thema einer Preisbindung wurde hier aber nicht näher untersucht.

Das Kartellgericht wies beide Anträge ab. Zunächst stellte das KG fest, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht anzuwenden sei, da das Vertriebssystem für mehrere Mitgliedstaaten gelte. Es läge aber keine verbotene Preisbindung gem Art 81 Abs 1 EG vor, da der Beförderungsvertrag direkt zwischen Fluglinie und den KundInnen zustande komme. Für diesen Flugreisevertrag lege die Fluglinie den Nettopreis fest. Darüber hinaus komme ein weiterer Vertrag zwischen Reisebüro und KundInnen zustande, welcher die Beratungsleistung zum Inhalt habe. In dieser Konstellation habe die Fluglinie keinen Einfluss auf das vom Reisebüro gegenüber KundInnen eingehobene Serviceentgelt und damit auch nicht auf den Gesamtpreis. Das Reisebüro werde auch nicht im Auftrag der Fluglinie tätig, für diese Verträge auszuhandeln oder abzuschließen. Es handle sich dabei weder um ein echtes, noch um ein unechtes HandelsvertreterInnen-Verhältnis. Es liege keine klassische Einkaufs- und Weiterverkaufs-Konstellation vor.

Entscheidung des Kartellobergergerichts im Rekursverfahren

Das Lufthansa-Vertriebssystem erfüllt den Tatbestand der vertikalen Preisbindung nicht, da das Reisebüro insbesondere nicht verpflichtet sei, den Absatz von Dienstleistungen gerade der Lufthansa zu fördern, sondern selbst als Dienstleister für seine eigenen KundInnen tätig werde, indem es ihnen etwa den/die jeweils preisgünstigsten AnbieterIn der gewünschten Destination ermittelt, ihnen eine Direktbuchung bei der Antragsgegnerin erspart und für sie die Zahlung abwickelt. Das Reisebüro sei demnach kein auf nachgeordneter Wirtschaftsstufe stehender, an Preise und Konditionen des/der Produzenten/in vertraglich gebundener und zu dessen Interessenwahrung verpflichteter Absatzmittler der Fluglinie. Auch den Einwand, dass das Reisebüro durch die für die Lufthansa ausgeübte Inkassotätigkeit deren finanzielle und geschäftliche Risiken aus dem Grundgeschäft zu tragen habe, ließ das KOG nicht gelten. Es bleibe nämlich alleine dem Reisebüro überlassen, welche Zahlungsmittel oder Zahlungsziele von KundInnen akzeptiert werden. Die Lufthansa hätte darüber hinaus auch mit einer Versicherungsgruppe gegen Prämienzahlung die Übernahme eines verbleibenden Ausfallrisikos übernommen. Im Übrigen sei aber die Frage nach der Verteilung finanzieller oder geschäftlicher Risiken irrelevant, da ohnehin kein Absatzmittlerverhältnis zwischen den Vertragsparteien vorliege.

5.6 Sonstige Einzelfälle

5.6.1 ORF – Pasching

StadioninhaberInnen bzw MieterInnen haben eine Monopolstellung inne und müssen daher den ORF wegen Kontrahierungszwang ins Stadion lassen. Eine Weigerung des Fußballvereins stellt somit einen Verstoß gegen das UWG dar. Der VwGH hat entschieden, dass der ORF von jedem Spiel 90 Sekunden berichten darf.

Mathias Grandosek

Vorgeschichte

Im Jahr 2004 wurden die TV-Rechte für die österreichische Fußball-Bundesliga (T-Mobile Bundesliga) bis zum Jahr 2007 vertraglich an Premiere Deutschland vergeben. Damit verlor der ORF die Übertragungsrechte in dieser obersten Spielklasse.

Premiere hat damals die TV-Rechte für drei Spielsaisons um € 42 Mio erworben und, soweit es die Ausstrahlung in Österreich betrifft, diese Rechte an ihre Tochtergesellschaft Premiere Fernsehen GmbH sublizenziert. Eine weitere Vereinbarung ermöglicht es auch ATV+, Spiele der Bundesliga zu übertragen und darüber zu berichten.

Der ORF hat allerdings nach dem Fernseh-Exklusivrechtsgesetz (FERG) bei wichtigen Ereignissen das Recht auf Kurzberichterstattung. Dieses Recht wurde unter anderem auch für die Spiele der T-Mobile-Bundesliga geltend gemacht. Eine einvernehmliche Streitbeilegung in dieser Frage schlug allerdings fehl. Daraufhin erließ der Bundeskommunikationssenat am 9. September 2004 einen Bescheid²⁰⁵, der dem ORF das Recht zubilligte, pro Spieltag maximal 90 Sekunden nachrichtenmäßig über die Spiele der Bundesliga zu berichten, wobei diese Kurzberichterstattung nicht vor der Sendung des Spieles durch Premiere erfolgen darf.

Zu diesem Zweck wurde Premiere aufgetragen, dem ORF das Fernsehsignal der Aufzeichnung unmittelbar ab dem „Heck-Übertragungswagen“ zur Verfügung zu stellen. Das bedeutet in der Regel, dass der ORF bei den Spielen selbst einen Übertragungswagen hinschickt und direkt das Signal vom Übertragungswagen der RechteinhaberInnen per Kabel übermittelt bekommt, um daraus einen Kurzbericht zu gestalten.

Im Gegenzug muss der ORF eine Abgeltung für das Recht auf Kurzberichterstattung in der Höhe von 1.000 Euro je Minute (bei sekundengenaue Abrechnung) entrichten.

Verfahren vor dem OGH – Verstoß gegen das UWG durch Bundesligavereine²⁰⁶

Zunächst war es dem ORF bei mehreren Spielen möglich, seinen Übertragungswagen auf das Stadiongelände zu stellen und Kurzberichte, wie im Bescheid des Bundeskommunikationssenats vorgesehen, zu erstellen.

Nachdem es aber der ORF mehrfach unterließ, in seinen Kurzberichten den Hauptsponsor zu nennen bzw auch die jeweiligen Sponsoren der Klubs nicht nannte (zB die Fußballmannschaft „FC Superfund“ nur mit deren früheren Namen „SV Pasching“ bzw „Pasching“ bezeichnete), sandte die Bundesliga am 7. Februar 2005 einen „Verhaltenskodex im Umgang mit dem ORF“ an alle T-Mobile-Bundesliga-Vereine aus.

Darin beschuldigte die Bundesliga den ORF, durch eine solcherart unvollständige Berichterstattung das Image und den Wert der TV-Rechte zu untergraben und ersuchte die Klubs den Verhaltenskodex umzusetzen. In diesem Kodex wurde festgehalten, dass ORF-MitarbeiterInnen keine Akkreditierungen bei Spielen mehr erhalten, dem ORF keine Interviews mehr gewährt werden und keine KlubvertreterInnen bei ORF-Studio-Sendungen mehr auftreten sollen.

In weiterer Folge führte das dazu, dass in mehreren Fällen dem ORF von den veranstaltenden Vereinen nicht gestattet wurde, mit dem Übertragungswagen auf das jeweilige Stadiongelände zu fahren, um wie vorgesehen, das Übertragungssignal zu übernehmen. Argumentiert wurde dabei mit dem Hausrecht des Veranstalters, das es ihm gestatte, Dritten den Zutritt zum Stadiongelände zu verweigern oder deren Besuch von Bedingungen abhängig zu machen. Zudem wurde argumentiert, dass der veranstaltende Verein auch nicht marktbeherrschend sei, keinem Kontrahierungszwang unterliege und sich der Spruch des Bundeskommunikationssenats an die Streitparteien (Premiere und ORF) und nicht an den/die VeranstalterIn eines Fußballspiels richte.

Diese Fragen wurden schlussendlich höchstgerichtlich entschieden. Der OGH stellte dabei fest, dass es zwar unstrittig wäre, dass einem/r VeranstalterIn ein Hausrecht zustünde, welches ihm/ihr grundsätzlich ermöglicht, Dritte auszuschließen, dass aber ein/e VeranstalterIn als InhaberIn oder MieterIn eines Stadions eine Monopolstellung innehätte, da nur er/sie es ermöglichen könnte, dass der ORF seine Rechte, die ihm durch die Entscheidung des Bundeskommunikationssenats eingeräumt wurden, ausüben könnte. Damit entstünde ein Kontrahierungszwang, wobei es unerheblich wäre, ob der/die VeranstalterIn Beteiligte/r beim Verfahren vor dem BKS gewesen wäre oder nicht.

²⁰⁵ GZ 611.003/0023-BKS/2004.

²⁰⁶ OGH 4 Ob 155/05f und 4 Ob 142/05v.

Ein Verstoß gegen die Kontrahierungspflicht bedeutet nach ständiger Rechtsprechung auch einen Verstoß gegen §1 UWG, wenn er in Wettbewerbsabsicht geschieht. Der Oberste Gerichtshof geht hier eindeutig von einem Verstoß gegen das UWG aus, da die Weigerung des Vereins, den ORF auf das Stadiongelände zu lassen, von der Absicht motiviert war, den TV-Rechteinhaber Premiere zu begünstigen.

Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof²⁰⁷

In der eigentlichen Frage, wie weit das Recht auf Kurzberichterstattung geht, ist der ORF vor den Verwaltungsgerichtshof gegangen und hat den Bescheid des Bundeskommunikationssenats (BKS) angefochten. Insbesondere die Auslegung, dass das „Ereignis“, welches ein Recht auf Kurzberichterstattung über 90 Sekunden begründet, ein gesamter Spieltag der Bundesliga sei, wurde kritisiert.

Der VwGH folgte am 20. Dezember dieser Kritik und hob den Bescheid des BKS auf. Nach Meinung des VwGH ist nämlich nicht ein Spieltag als Ereignis anzusehen, über das die Kurzberichterstattung erfolgen darf, sondern schon das einzelne Spiel. Somit darf der ORF nun über jedes Spiel bis zu maximal 90 Sekunden berichten.

Problem der sekundären Sendungsrechte von ATV+

Ein Problem stellt die Entscheidung des VwGH insbesondere für ATV+ dar.

ATV+ hat von Premiere ebenfalls Ausstrahlungsrechte für Bundesligaspiele gekauft.

Die vertragliche Vereinbarung zwischen ATV+ und Premiere enthält die Ausstrahlung von Bundesligabildern nach 22 Uhr, wofür ATV+ dem Vernehmen nach²⁰⁸ mehr als € 3 Mio pro Jahr bezahlt. Die Idee war, die Spiele zunächst live im Pay-TV von Premiere zu zeigen und danach abends ab 22 Uhr durch ATV+ auch im Free-TV zu senden.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs hat nun deutliche wirtschaftliche Auswirkungen auf diese Senderechte, da die Ausstrahlung nach 22 Uhr nun erheblich an Attraktivität für die ZuseherInnen verloren hat, da ja bereits zuvor interessante Passagen der Spiele durch die Kurzberichterstattung des ORF im frei empfangbaren Fernsehen zu sehen sind.

²⁰⁷ Verwaltungsgerichtshof ZI 2004/04/0199-11.

²⁰⁸ ZB Der Standard, 15. Februar.2006..

6 BERICHTE AUS DEN REGULIERUNGS- UND WETTBEWERBSBEHÖRDEN

6.1 Bundeswettbewerbsbehörde

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat intensiv am Kartellgesetz 2005 und an der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 mitgewirkt. Branchenuntersuchungen wurden im Bereich Lebensmittelhandel, Elektrizität und Gasmarkt durchgeführt. Unter den Einzelfällen werden in diesem Bericht als Auswahl die Honorarordnung der Baumeister, die Preispolitik der Grazer Fahrschulen, die so genannten Modul-7-Vereinbarungen (Verpackung) sowie der Zusammenschluss von Lenzing AG und Tencel-Gruppe genauer dargestellt.

Peter Matousek

6.1.1 Allgemeines: Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetz-Novelle 2005

Nach umfangreichen und langdauernden Vorarbeiten, an denen die BWB dankenswerterweise intensiv mitwirken konnte, wurden im Januar 2005 die Entwürfe eines Kartellgesetzes 2005 und einer Wettbewerbsgesetznovelle 2005 zur Begutachtung versandt und im Juni vom Parlament auch beschlossen. Die Kernpunkte der beiden Novellen sind die Übernahme des materiellen Gemeinschaftsrechts in das österreichische Kartellrecht, die Abschaffung des Anzeige- und Anmeldesystems, die Einführung eines Kronzeugenprogramms sowie einige Änderungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle.

Zu begrüßen ist aus Sicht der Bundeswettbewerbsbehörde der Ansatz des Kartellgesetzes 2005, den Schwenk des Gemeinschaftsrechts zum Legalausnahmesystem nachzuvollziehen und mit einigen liebgewordenen, „österreichischen“ Rechtsinstitutionen endgültig Schluss zu machen: Kartellformenlehre, volkswirtschaftliche Rechtfertigung und Sonderbehandlung vertikaler Vertriebsbindungen und unverbindlicher Verbandsempfehlungen gehören seit 1. Januar 2006 endgültig der Vergangenheit an.

Einen Gewinn stellt auch die in der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 verankerte Kronzeugenregelung dar. So wenig erfreulich das Honorieren von „Vernaderern“ an sich auch sein mag, so unbestritten ist, dass ohne ein funktionierendes Kronzeugenprogramm viele große, die Volkswirtschaft massiv schädigende Absprachen nicht aufgedeckt werden können. Bereits vor dem In-Kraft-Treten der Novelle hat die Bundeswettbewerbsbehörde auf ihrer Website ein Handbuch veröffentlicht, das die beabsichtigte Praxis der Behörde umreißt. Erste Erfahrungen zeigen, dass das Programm geeignet ist, Unternehmen zur Kooperation mit der BWB zu veranlassen.

Im – nach wie vor einen großen Teil der Ressourcen bindenden – Bereich Zusammenschlusskontrolle stellt die Verlagerung der Anmeldung und damit der ganzen ersten Verfahrensphase zur BWB einen positiven Schritt zu mehr Ehrlichkeit im System dar: Schon bisher lag ja die Hauptlast der inhaltlichen Prüfung bei der einzigen mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Amtspartei BWB.

6.1.2 Branchenuntersuchungen

Lebensmitteleinzelhandel

Die BWB hatte ihre Untersuchungen des Lebensmitteleinzelhandels 2004 eingeleitet. Im Laufe der Untersuchungen wurden von der Bundeswettbewerbsbehörde (neben anderen Ermittlungshandlungen, wie zB Vernehmungen) bis Ende 2004 170 Auskunftsverlangen an Marktteilnehmer (Einzelhändler und Lieferanten) gerichtet. Der größte Teil dieser 170 Auskunftsverlangen wurde beantwortet, 30 Lieferanten und 3 Handelsunternehmen verweigerten jedoch die Beantwortung ganz oder teilweise.

Die BWB beantragte daraufhin im Februar 2005 beim Kartellgericht die gerichtliche Durchsetzung der Auskunftsverlangen. Das Kartellgericht gab diesen Anträgen statt, wogegen die Unternehmen bis Anfang April 2005 Rekurse erhoben. Das Kartellobergericht hat Ende Mai 2005 die kartellgerichtlichen Aufträge – insbesondere wegen der Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs im erstinstanzlichen Verfahren – aufgehoben und zur neuerlichen Entscheidung an das Kartellgericht zurückverwiesen.

Mittlerweile konnte – nach zahlreichen Tagsatzungen vor dem Kartellgericht – in der Mehrzahl der Fälle eine Einigung mit den betroffenen Unternehmen erzielt und damit die Beantwortung der Fragen erreicht werden. In einzelnen Fällen jedoch wird es zu einer erneuten gerichtlichen Entscheidung kommen (müssen).

Elektrizität

Wie bereits im Beitrag zum Bericht des Vorjahres dargestellt, hatten Preissteigerungen bei der Belieferung mit Strom 2004 zu einer emotionalen, öffentlich ausgetragenen 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 hatte 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.

Der zweite Zwischenbericht ergab ua, dass die beobachtete Praxis der Lieferanten, nämlich die Anlehnung an die relevanten Forward- oder Futuresnotierungen bei der Anbotslegung für Industriekunden, betriebswirtschaftlich durchaus argumentierbar ist. Ob die gegenwärtige Höhe dieser Notierungen gerechtfertigt ist, konnte im Rahmen der Branchenuntersuchung nicht vollständig geklärt werden. Die zweite Frage, ob diese repräsentativen Marktpreise die Preise der Strombörsen in Leipzig und Graz sein können, lässt sich mit „ja“ beantworten, da Börsenpreise – aufgrund der schnellen und kostengünstigen Verfügbarkeit – bevorzugt als Referenzpreis herangezogen werden.

Zur Frage, inwieweit das von Erzeugern und Lieferanten für die Erklärung der gestiegenen Großhandelspreise vorgebrachte Argument der gestiegenen Preise der Primärenergieträger vor dem Hintergrund der maßgeblichen heimischen Erzeugung aus Wasserkraft, gerechtfertigt ist, ist festzuhalten, dass das Niveau der Großhandelspreise, zu dem auch Wasserkrafterzeuger ihren Strom tatsächlich verkaufen bzw verkaufen könnten, letzten Endes nicht von den Kosten der österreichischen Laufwasserkraftwerke bestimmt wird, sondern hauptsächlich von den Kosten von Kohle- und – zum geringeren Ausmaß – von Gaskraftwerken. Die gestiegenen Großhandelspreise sind daher im Ausmaß der gestiegenen Primärenergiepreise gerechtfertigt.

Parallel zum zweiten Zwischenbericht wurde von der E-Control ein Vorschlag für ein Maßnahmenpaket zur Belebung des Wettbewerbs erstellt; auch die EnergieAllianz hat punktuelle Maßnahmen vorgeschlagen. Bundeswettbewerbsbehörde und Regulator führen dzt intensive Diskussionen mit den beteiligten Unternehmen mit dem Ziel, die Maßnahmen auch praktisch umzusetzen.

Gasmarkt

Insbesondere der weithin kritisierte Mangel an Wettbewerb und von mehreren Unternehmen zeitgleich angekündigte Preiserhöhungen hatten Bundeswettbewerbsbehörde und Energieregulator veranlasst, parallel zur Branchenuntersuchung Elektrizitätswirtschaft auch eine allgemeine Untersuchung des Gasmarktes einzuleiten.

Als Ergebnis des ersten Zwischenberichtes kann festgehalten werden, dass die OMV Gas GmbH und ihr Tochterunternehmen EconGas GmbH in fast allen Märkten, in denen sie Produkte anbieten, eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Ist im Großkundensegment Wettbewerbsdruck von Anbietern außerhalb

der ehemaligen Versorgungsgebiete erkennbar, haben im Kleinkundensegment die etablierten Gasversorger (*Local Player*) ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung.

Eine rechtliche Bewertung der aktuellen Situation sowie einer Reihe, im Zwischenbericht umfangreich dargestellter Kritikpunkte erfolgt derzeit und soll Gegenstand eines Gas-Endberichts sein.

6.1.3 Ausgewählte Einzelfälle

Honorarordnung der Baumeister

Im Juni 2004 stellte die BWB (ebenso wie der Bundeskartellanwalt) beim Kartellgericht nach vorangegangenen umfangreichen Ermittlungen einen Antrag auf Widerruf der Honorarordnung der Baumeister (HOB). Bei dieser handelt es sich um eine als unverbindliche Verbandsempfehlung im Kartellregister eingetragene Honorarordnung, in der Preise für bestimmte Tätigkeiten festgelegt und vorgegeben werden.

Die Bundeswettbewerbsbehörde war der Auffassung, dass diese Honorarordnung der Baumeister mit Art 81 EGV unvereinbar sei. Das Kartellgericht trug nach Durchführung eines umfassenden und sehr präzisen Ermittlungsverfahrens dem Fachverband Bundesinnung Bau mit Beschluss vom 14. April den Widerruf der Honorarordnung auf, weil es – der Argumentation der BWB und des Bundeskartellanwalts folgend – zu dem Schluss gekommen war, die HOB verletze europäisches Kartellrecht. Das Kartellobergericht bestätigte die Entscheidung.

Preispolitik Grazer Fahrschulen

Die Bundesarbeitskammer hat anlässlich einer Untersuchung der Arbeiterkammer Wien über die Preisgestaltung der Fahrschulen für die Führerscheinausbildung der Gruppe B gegenüber der BWB den Verdacht von Preisabsprachen unter anderem im Raum Graz geäußert. Die BWB führte eine umfangreiche Untersuchung der Preispolitik von Grazer Fahrschulen durch. Die Verdachtsmomente erhärteten sich.

Nach Abschluss der Ermittlungen sah sich die BWB im Jänner 2005 veranlasst, gegen fünf Fahrschulinhaber wegen des Verdachts von Preisabsprachen beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht einen Bußgeldantrag einzubringen.

Bezüglich jener mutmaßlichen Preisabsprachen, die vor dem 1. Juli 2002 erfolgt sind, wurde Anzeige an die Staatsanwaltschaft Graz erstattet. Letztere hat die Anzeige der BWB vom 25. Mai 2005 „nach Führung von Vorerhebungen über den Untersuchungsrichter des Landesgerichts für Strafsachen Graz ... zurückgelegt.“

Das Kartellgericht verhängte im Herbst 2005 nach mehreren Tagsatzungen über sechs Fahrschulgesellschaften bzw Fahrschulinhaber wegen verbotener Preisabsprachen für den Raum Graz eine Geldbuße von insgesamt 75.000 Euro, wobei bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt wurde, dass die Preiskartellbildung im Zuge des Verfahrens zugegeben worden war. Die Bundeswettbewerbsbehörde, der Bundeskartellanwalt und die Antragsgegner haben auf Rechtsmittel verzichtet; die Bußgeldentscheidung des Kartellgerichts ist somit rechtskräftig.

Modul 7-Vereinbarungen

Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber von Transport- und Verkaufsverpackungen (unbeschadet der Verpflichtungen von Letztvertreibern) sind nach der Verpackungsverordnung (VerpackVO), BGBl Nr 648/1996 zuletzt geändert BGBl II Nr 440/2001, verpflichtet, die Transport- und Verkaufsverpackungen nach Gebrauch unentgeltlich zurückzunehmen, einem allenfalls vorgelagerten Verpflichteten zurückzugeben, wiederzuverwenden oder nach dem Stand der Technik zu verwerten (§ 3 Abs 1 VerpackVO). In dem Umfang, in dem die Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber an einem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen, geht die Verpflichtung nach der VerpackVO auf den Betreiber dieses Sammel- und Verwertungssystems über (§ 3 Abs 5 VerpackVO).

Das ARA-System ist ein in Österreich flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem sämtlicher Packstoffe und Verpackungen aus Haushalt, Gewerbe und Industrie. Das ARA-System besteht aus der Altstoff Recycling Austria AG (ARA) und acht Branchenrecyclinggesellschaften (BRG). Diesen BRG ist die Organisation der Sammlung, der Sortierung, und der Verwertung der Verpackungen übertragen. Sie sind für jeweils bestimmte Packstoffe und Packstoffgruppen zuständig. Die BRG schließen ihrerseits Verträge mit Unternehmen oder Gebietskörperschaften ab, von denen die tatsächlichen Entsorgungsleistungen erbracht werden.

Die EU-Kommission hat in den Wettbewerbsverfahren COMP/A.35.470/D3 und COMP/A.35.473/D3 den Vertragskomplex des ARA-Systems nach Artikel 81 EG unter Auflagen freigestellt bzw einige Verträge mit Negativattest bedacht. Oberstes Ziel der Entscheidung der EU-Kommission war das Sicherstellen von Wettbewerb.

Der nunmehr von der Bundeswettbewerbsbehörde untersuchte Vertrag, nämlich die Modul 7-Vereinbarung, war nicht Gegenstand des Kartellverfahrens vor der EU-Kommission. Bei diesem Vertrag handelt es sich um eine von der Branchenrecyclinggesellschaft Altpapier Recycling OrganisationsgesmbH (ARO), zuständig für die Sammlung und Verwertung von Papier, Pappe, Karton und Wellpappe, abgeschlossene Vereinbarung mit großen Anfallstellen (zB großen Einzelhandelsketten). Diese Anfallstellen verpflichten sich, die bei ihnen anfallenden Verpackungen aus Papier, Pappe, Karton und Wellpappe gesondert zu erfassen, vorzusortieren, zu verdichten und/oder konditioniert direkt an eine Übernahmestelle, das sind die Verwertungsbetriebe, zu übergeben. Diese Anfallstellen übernehmen somit Leistungen eines Entsorgers, die vom ARA-System honoriert werden.

Einige dieser Modul 7-Vereinbarungen enthielten – unterschiedlich ausgestaltete – wettbewerbsrechtlich bedenkliche Exklusivitätsbestimmungen. Mittels dieser Klauseln wurde die Anfallstelle verpflichtet sicherzustellen, dass sämtliche bei ihr in Verkehr gebrachten oder bei ihr anfallenden Papierverpackungen über das ARA-System entpflichtet werden. Darüber hinaus mussten die Vertragspartner ihre Lieferanten dazu verhalten, ihre Papierverpackungen auch tatsächlich über das ARA-System zu entpflichten. Sollte dies nicht der Fall sein, muss eine Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung des Vertragspartners „bereit stehen“, um eine Entpflichtung über das ARA-System und nicht über mögliche Wettbewerber sicherzustellen.

Diese Klauseln waren geeignet Wettbewerb am Entsorgungs- und Verwertungsmarkt auszuschließen. Denn den Lieferanten der Vertragspartner war es nicht möglich, ihrer Verpflichtung aus der VerpackVO bei Wettbewerbern des ARA-Systems nachzukommen und somit ihre Papierverpackungen über zum ARA-System alternative Anbieter zu entsorgen und zu verwerten.

Die Bundeswettbewerbsbehörde hatte ihre Ermittlungen und Verhandlungen aufgenommen, die letztendlich dazu führten, dass die ARO die wettbewerbsrechtlich bedenklichen Exklusivitätsbestimmungen ersatzlos gestrichen und die Verträge abgeändert hat. Wettbewerb am betroffenen Markt ist damit ermöglicht.

Lenzing AG / Tencel Gruppe

Durch einen telefonischen Hinweis wurde die BWB auf eine Pressemeldung auf der Homepage der Lenzing AG (Lenzing) aufmerksam gemacht, wonach Lenzing mit Wirkung vom 4. Mai 2004 die Unternehmensgruppe Tencel zur Gänze übernommen hat. Der Erwerb der Anteile an der Tencel Holding Ltd (Tencel) erfolgte über die Deka Holding GmbH, eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Lenzing. Eine Anmeldung des Zusammenschlusses war zu diesem Zeitpunkt nicht erfolgt.

In der Folge stellten BWB und BKartA beim Kartellgericht den Antrag, die verbotene Durchführung des Zusammenschlusses zwischen Lenzing und Tencel festzustellen und ein angemessenes Bußgeld zu verhängen.

Wenige Tage danach meldete Lenzing den Zusammenschluss beim Kartellgericht an. Die Anmeldung erfolgte allerdings lediglich vorsorglich im Hinblick darauf, dass die erworbene Unternehmensgruppe in Österreich kein oder ein vernachlässigbares Gelegenheitsgeschäft habe und der Zusammenschluss daher keine Auswirkungen in Österreich zeitige.

Im Oktober 2004 entschied das Kartellgericht (nach Prüfungsantrag des Bundeskartellanwalts), den Zusammenschluss zwischen Lenzing und Tencel zu untersagen (bestätigt vom Kartellobergericht im Februar 2005).

Am 4. März 2005 meldete Lenzing den Erwerb sämtlicher Anteile an Tencel durch die Deko Holding GmbH erneut an. Lenzing verpflichtete sich allerdings im Rahmen der neuen Zusammenschlussanmeldung, das Vorhaben nur mit bestimmten – mit BWB und BKartA akkordierten – Beschränkungen und Verpflichtungszusagen durchzuführen. Mit Beschluss vom April 2005 gab das Kartellgericht das nunmehr modifizierte Zusammenschlussvorhaben (mangels Vorliegens eines Prüfungsantrags) frei. Das Verfahren über den Antrag, wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses ein Bußgeld zu verhängen, endete (rechtskräftig) mit einem Bußgeld von 1,5 Mio Euro.

6.2 Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission 2005

Aus Sicht der Wettbewerbskommission haben sich die im Jahre 2004 eingeführten Veränderungen in der Arbeitsweise bewährt. Die Wettbewerbskommission gibt jedes Jahr Empfehlungen für wettbewerbspolitische Schwerpunkte ab. Im Jahr 2005 handelte es sich dabei um den Energiebereich, den Lebensmittelhandel, den Kfz-Handel, den Pharmabereich und Reiseveranstalter. Für 2006 besteht die Empfehlung aus zwei Schwerpunkten: Fortführung der Branchenuntersuchungen im Lebensmittelhandel und im Energiebereich. Weiters hat sich die Wettbewerbskommission mit Fragen der Marktabgrenzung auseinandergesetzt.

Generell stellt die Kommission fest, dass ihre Arbeit intensiviert wurde, sich die Rahmenbedingungen positiv entwickelt haben und ihre Branchenuntersuchungen wertvolle Denkanstöße für die Wettbewerbsbehörde darstellen sollten.

Klaus Wejwoda

Über Organisation, Aufgabenstellung und Organisationsfragen der bei der Bundeswettbewerbsbehörde eingerichteten Wettbewerbskommission wurde in den Vorjahresbeiträgen umfassend berichtet. Dabei wurden auch Probleme und Schwierigkeiten, die sich in der „Anlaufphase“ dieser neuen Einrichtung gezeigt haben, dargestellt.

Die im Jahr 2004 eingetretenen grundlegenden Veränderungen auch in der Arbeitsweise der Wettbewerbskommission haben sich bewährt. Gleiches ist für die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde zu sagen. Im Zuge regelmäßig stattfindender Sitzungen wurde der unmittelbare Aufgabenbereich, etwa die Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle und die Stellungnahme zu Berichten der Wettbewerbsbehörde, bearbeitet. Darüber hinaus bieten der nunmehrige intensive Kontakt mit der Behörde und die gegebenen Informationen einen guten Einblick in deren laufende Arbeit.

Wie im Vorjahresbericht ist festzuhalten, dass sich im Bereich der Fusionskontrolle der laufende Kontakt zwischen Behörde und Kommission gut bewährt. Die damit gegebene Beratungsfunktion ist wohl in den meisten Fällen sinnvoller als der Austausch von formellen Empfehlungen und nachfolgenden Stellungnahmen der Behörde.

6.2.1 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 Schwerpunkttempfehlungen der Wett-

bewerbskommission sind auch auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde (www.bwb.gv.at) ersichtlich.

Die Wettbewerbskommission hat in ihren bisherigen Empfehlungen für Schwerpunkte in der Arbeit der Bundeswettbewerbsbehörde eine Reihe von Themen aufgezeigt, deren Behandlung aus Überlegungen eines funktionierenden Wettbewerbs unbestritten von allgemeinem Interesse ist.

Es handelte sich dabei um

- den Bereich der leitungsgebundenen Energie (Strom, Gas) unter Einbeziehung bestehender Substitutionsmärkte, wie Mineralöl,
- den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels,
- den Bereich des Kfz-Handels,
- die Marktsituation im Pharmabereich (Preis- und Spannenunterschiede im europäischen Markt),
- den Bereich Herstellung und Service von Aufzügen und
- wettbewerbswidrige Klauseln der Reiseveranstalter.

Eine Reihe der genannten Themenbereiche sind in einem unterschiedlichen Stadium der Bearbeitung in der Bundeswettbewerbsbehörde. Die Wettbewerbskommission ist sich dessen bewusst, dass die derzeitigen personellen Ressourcen der Bundeswettbewerbsbehörde der Anzahl der über die laufende Tagesarbeit hinaus zu bearbeitenden Themenbereiche Grenzen setzen.

Die Wettbewerbskommission anerkennt umso mehr die Fortschritte bei der Untersuchung des Energiesektors. In den letzten Monaten hat der Bereich „Mineralöl“ – nicht zuletzt auf Grund der aktuellen Preisentwicklungen – zunehmend an Interesse gewonnen. Die Wettbewerbskommission erinnert daher an ihren Vorschlag zum Energiebereich, der auch die Einbeziehung von Substitutionsmärkten, wie des Mineralölbereichs, angeregt hatte. Dabei sollte besonderes Augenmerk auch auf die bisher nicht untersuchte Schnittstelle zwischen Raffinerieproduktionskosten und Großhandelspreisen (Raffineriemargen) gelegt werden.

Die besonderen Gegebenheiten des Treibstoffmarktes – auch in den stark divergierenden regionalen Entwicklungen – wurden in den letzten Jahren bereits mehrfach untersucht. Eine wirkliche Aufhellung der Hintergründe und Rechtfertigungen für die oft erheblichen Preisunterschiede im Tankstellenbereich ist dabei bisher nicht gelungen. Jedenfalls verdient dieser Bereich erhöhte Aufmerksamkeit.

Die von der Wettbewerbskommission angeregte Untersuchung des Bereichs Lebensmitteleinzelhandel ist in der Umsetzung auf besondere Schwierigkeiten – die hier nicht weiter erörtert werden sollen – gestoßen. Die Wettbewerbskommission hat größtes Interesse an einer Fortführung dieser Untersuchung.

Auch die übrigen, noch in der Behandlung offenen, von der Wettbewerbskommission angeregten Themen sind nach wie vor von Aktualität und sollten im Rahmen der Möglichkeiten weiter verfolgt werden. Es wäre sinnvoll, im Zuge des laufenden Arbeitskontaktes zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und Wettbewerbskommission auch jene Themenbereiche in den Informationsaustausch einzubeziehen, für die von der Bundeswettbewerbsbehörde aus Kapazitätsgründen derzeit keine breiteren Untersuchungen begonnen werden können.

Wie eingangs festgehalten, sieht die Wettbewerbskommission das Spannungsverhältnis zwischen relevanten Themen aus der Sicht des Wettbewerbs und den Kapazitätsgrenzen, die für die Bundeswettbewerbsbehörde bestehen.

Die Wettbewerbskommission hat für 2006 dieser Tatsache Rechnung getragen und nur zwei Punkte in ihre aktuelle Empfehlung aufgenommen. Sie regte als Schwerpunkt Empfehlung 2006 an, die Bundeswettbewerbsbehörde möge

- die Branchenuntersuchung Lebensmitteleinzelhandel ungeachtet der Schwierigkeiten fortführen und
- die Branchenuntersuchungen im Energiebereich fortsetzen sowie auf den Bereich der Mineralölwirtschaft entlang der Wertschöpfungskette – in nationaler und internationaler Sicht – ausdehnen.

Aus dieser Prioritätenreihung aus der Sicht der Wettbewerbskommission ist nicht abzuleiten, dass die anderen angeregten Themenbereiche unaktuell geworden sind. Die Wettbewerbskommission trägt mit diesem Prioritätenvorschlag nur den Rahmenbedingungen Rechnung.

Die im Herbst 2005 vorgelegte Branchenuntersuchung Gas ist derzeit Gegenstand umfassender Beratungen der Wettbewerbskommission.

6.2.2 Befassung mit Gutachten zur Marktabgrenzung

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ein Gutachten zu Fragen der Marktabgrenzung beauftragt.

Im Laufe des Jahres 2005 war über Einladung durch das BMWA auch die Wettbewerbskommission – vertreten durch den Vorsitzenden und einige Kommissionsmitglieder – mehrmals mit dem vom BMWA beauftragten Gutachten zu Fragen der Marktabgrenzung befasst und hat an der Diskussion mit dem beauftragten Institut teilgenommen. Die Endfassung des Gutachtens wurde ebenfalls der Wettbewerbskommission zur Kenntnis gebracht und dessen Anwendbarkeit für die Arbeit der Bundeswettbewerbsbehörde erörtert.

Die im Zuge der Sitzungen der Wettbewerbskommission von der Bundeswettbewerbsbehörde dargelegten Problemstellungen und die Meinungsäußerung der Kommission hiezu ist wohl auch als eine Tätigkeit in Richtung von – allerdings nicht formellen – Gutachten zu bewerten.

In den Erläuterungen zur Wettbewerbsgesetz-Novelle 2005 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Gutachtenstätigkeit der Wettbewerbskommission auch allfällige Aufträge im Rahmen des Nahversorgungsgesetzes umfasst.

6.2.3 Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde

Die Wettbewerbskommission verwies auf ihre bisherigen Stellungnahmen zu Tätigkeitsberichten der Bundeswettbewerbsbehörde, die damals bestehenden Problemstellungen und die dargelegten Vorstellungen der Wettbewerbskommission zu einer Verbesserung des Arbeitsumfeldes.

Die Wettbewerbskommission hielt mit Befriedigung fest, dass es im nunmehrigen Berichtszeitraum gelungen wäre, diesen Anliegen weitgehend zu entsprechen. Der Kontakt mit der Bundeswettbewerbsbehörde hat sich sehr positiv entwickelt, die Information durch die Bundeswettbewerbsbehörde wurde deutlich vertieft, und es wurde in regelmäßigem Kontakt sichergestellt, dass die Wettbewerbskommission jenen umfassenden Einblick in die laufende Arbeit der Bundeswettbewerbsbehörde erhält, der als Voraussetzung für eine effiziente Kommissionsarbeit notwendig ist. Auch die Veröffentlichung von Stellungnahmen der Wettbewerbskommission auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde wird im Sinne der Publizität der Kommissionsarbeit ausdrücklich begrüßt.

Die Wettbewerbskommission erwartet, dass die nun entwickelte Form der Zusammenarbeit mit der Bundeswettbewerbsbehörde eine Fortsetzung findet und unterstreicht ihre Bereitschaft zu konstruktiver Mitarbeit. Beide Einrichtungen ziehen aus diesem positiven Miteinander Vorteile. Die Wettbewerbskommission ist sich dessen bewusst, dass der laufende Informationsaustausch zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und

Wettbewerbskommission darauf aufbaut, dass die besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen und Befangenheitsregelungen für die Mitglieder der Wettbewerbskommission konsequent beachtet werden.

Im Berichtszeitraum hat die Kommission 25 Sitzungen abgehalten, sie hat ihre Aktivitäten damit deutlich verstärkt. In ihren Sitzungen wurden die Stellungnahme zum vorjährigen Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde, die Empfehlungen für wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzungen, die von der Bundeswettbewerbsbehörde vorgelegten Berichte zu Branchenuntersuchungen, eine Stellungnahme zum ersten Teilbericht der Energieuntersuchung und von einzelnen Kommissionsmitgliedern zur Sprache gebrachte Fusionsfälle beraten. Auch wurden im Rahmen der Information über die laufende Tätigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde entsprechende Meinungsäußerungen der Wettbewerbskommission in Einzelfällen abgegeben.

Über Einladung des BMWA hat der Vorsitzende der Wettbewerbskommission an den Jurysitzungen zur Vergabe des Auftrags der Studie „Marktabgrenzung“ mitgewirkt, die Wettbewerbskommission eine Stellungnahme zum Entwurf der Studie ausgearbeitet und mit drei Vertretern an den folgenden Diskussionen mit dem beauftragten Institut teilgenommen.

Gesamteinschätzung des Tätigkeitsberichts der Bundeswettbewerbsbehörde

Zum Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde 1. Mai 2004 – 30. Juni 2005 vermerkte die Wettbewerbskommission anerkennend, dass es gelungen ist, den Informationsgehalt des Berichts weiter zu erhöhen; dies gilt insbesondere für die eingehende Darstellung von Fällen des Kartellbereichs, der Missbrauchskontrolle und der Zusammenschlüsse, die im Berichtszeitraum Gegenstand intensiver Arbeit der Bundeswettbewerbsbehörde waren.

Der Bericht enthält nicht nur eine breite Darstellung der Aktivitäten der Bundeswettbewerbsbehörde auch im internationalen Bereich, er enthält erstmals auch eine Darstellung der Rollenverteilung im österreichischen Wettbewerbsrecht, wie es im Vorjahr von der Wettbewerbskommission angeregt wurde.

Die Wettbewerbskommission würde es im Sinne einer verbesserten Öffentlichkeitsarbeit begrüßen, wenn der Bundeswettbewerbsbehörde die erforderlichen materiellen Voraussetzungen für die Gestaltung ihrer „Visitenkarte“ – und damit auch für die Präsentation der österreichischen Wettbewerbspolitik – zur Verfügung stünden.

Die Auflistung der behandelten Antragsfälle mit dem Hinweis auf den Stand des Verfahrens beziehungsweise die erfolgte Erledigung erhöht den Informationswert des Berichts. Auch gibt die umfassende Darstellung von Einzelthemen – gegliedert nach Sachbereichen – einen wertvollen Einblick in das Geschehen im Rahmen der Wettbewerbspolitik und in die Arbeit der Bundeswettbewerbsbehörde.

Die Wettbewerbskommission empfahl, den eingeschlagenen Weg der intensiveren Berichterstattung der Bundeswettbewerbsbehörde fortzusetzen und im Sinne eines verbesserten Layouts auch Abschnittsgliederungen und ein Inhaltsverzeichnis im Bericht vorzusehen.

Auch wurde angeregt, die sehr ambitioniert gestaltete Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde nun zu modernisieren und neu zu strukturieren. Dies erscheint insbesondere mit den neuen Aufgaben für die Bundeswettbewerbsbehörde im Gefolge der Kartellrechtsnovellierung 2005 sinnvoll und notwendig.

Nach wie vor wäre zweifellos eine gemeinsame Publikation der Berichte der Bundeswettbewerbsbehörde, der Wettbewerbskommission, des Bundeskartellanwalts sowie der Berichte des Kartellgerichtes und des Kartellobergerichtes wünschenswert.

Die Wettbewerbskommission erinnerte an ihre Anregung, dass die Bundeswettbewerbsbehörde Aussagen über wettbewerbspolitische Leitlinien im Sinne eines Programms der Bundeswettbewerbsbehörde publizie-

ren möge. Die auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlichten „Standpunkte“ zu einzelnen Themenbereichen stellen zwar einen Ansatz in die von der Wettbewerbskommission empfohlene Richtung dar, sie sollten aber im empfohlenen Sinn ausgebaut werden. In diesem Zusammenhang sei insbesondere auf Fragen im Zusammenhang mit der ab 1.1.2006 geltenden „Kronzeugenregelung“ hingewiesen.

Ressourcenknappheit in Wettbewerbsbehörde und -kommission

Die Wettbewerbskommission kann auf Grund der nunmehr engeren Zusammenarbeit mit der Bundeswettbewerbsbehörde und der nun bestehenden Informationssituation über die laufende Tätigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde nur bestätigen, dass die Personalausstattung der Bundeswettbewerbsbehörde mehr als knapp ist. Die in den monatlichen Berichten der Bundeswettbewerbsbehörde ausgewiesenen Mitarbeiterzahlen zeigen eine nur geringfügige Verbesserung der Lage. Die Wettbewerbskommission unterstützt daher die Bemerkungen im Bericht, die auf das Erfordernis einer quantitativen und qualitativen Verbesserung des Mitarbeiterstandes abzielen.

Die neuen, auf die Bundeswettbewerbsbehörde zukommenden Aufgaben erfordern auch eine zusätzliche Personalausstattung. Die Wettbewerbskommission tritt jedenfalls mit Nachdruck für eine solche personelle Ausstattung der Bundeswettbewerbsbehörde ein, die eine optimale Aufgabenerfüllung ermöglicht. Die Wettbewerbskommission geht jedenfalls von einem in der Zukunft noch steigenden Arbeitsanfall für die Bundeswettbewerbsbehörde aus und fordert für dessen Bewältigung entsprechende Vorkehrungen.

In diesem Zusammenhang weist die Wettbewerbskommission neuerlich darauf hin, dass auch für die Arbeit der Wettbewerbskommission eine entsprechende personelle und materielle Ausstattung wünschenswert ist, wenngleich die Bundeswettbewerbsbehörde im Rahmen ihrer bestehenden Möglichkeiten um eine entsprechende Unterstützung bemüht ist. Die Wettbewerbskommission verweist auf die personelle Ausstattung der Monopolkommission in Deutschland.

Stromuntersuchung

In der Sitzung der Wettbewerbskommission am 27. Jänner 2005 wurde eine Stellungnahme zum ersten Zwischenbericht im Rahmen der allgemeinen Untersuchung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft durch die Bundeswettbewerbsbehörde beschlossen. Diese Branchenuntersuchung wurde auch von der Wettbewerbskommission angeregt. Die Studie wurde mit der Bundeswettbewerbsbehörde erörtert. Auch wurden eingehende Informationsgespräche mit dem Regulator geführt, für dessen Bereitschaft sich die Wettbewerbskommission ausdrücklich bedankt.

Für die Wettbewerbskommission ergaben sich zur „Stromuntersuchung“ folgende Bereiche und Hinweise, die besondere Aufmerksamkeit bzw eine Weiterbefassung empfehlen lassen:

Entbündelung (Unbundling):

Während der Bund die entsprechenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts rechtzeitig umgesetzt hat, sind die Bundesländer bei der Erlassung der Ausführungsgesetze durchwegs säumig. Für eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse ist die Trennung der Bereiche Erzeugung/Vertrieb und Netz dringend erforderlich.

Die Entbündelung von Infrastruktur (Stromnetz) und Erzeugung/Vertrieb stellt eine wesentliche Voraussetzung für die Etablierung eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem österreichischen Strommarkt dar. Ziel dieser Entbündelung ist der gleichberechtigte Netzzugang aller Stromanbieter zu kostenorientierten Preisen.

Das Stromnetz soll weiterhin der Regulierung durch die E-Control unterliegen, um einen diskriminierungsfreien Zugang zu leistungstarker und kostengünstiger Infrastruktur sicherzustellen.

Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Problematik, die sich aus der verspäteten Umsetzung des *Unbundling* durch die Länder ergibt, verstärkt aufzuzeigen.

Eigentumsverhältnisse

Das in Österreich verfassungsrechtlich abgesicherte öffentliche Mehrheitseigentum an den wichtigsten EVUs bietet einerseits Vorteile, wie zB eine leichtere Durchsetzbarkeit von Zielen der Politik, den Verbleib von Headquarter-Funktionen in Österreich, aber andererseits auch Nachteile, insbesondere in wettbewerblicher Hinsicht.

Betreffend Eigentümerstruktur und Entwicklung der Wettbewerbslage wird angeregt, die diesbezüglichen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten der EU und deren jeweilige Auswirkungen laufend zu beobachten und interessante Lösungsansätze auf deren Eignung für die österreichischen Gegebenheiten zu prüfen.

Markteintrittsbarrieren – Netztarife – Wechselverhalten

Neben der noch nicht umgesetzten Entbündelung von Netz und Vertrieb stellt die trotz mehrfacher Interventionen des Regulators gegenwärtig noch immer festzustellende Preisstruktur – hohe Netztarife, Steuern und Abgaben bei gleichzeitig vergleichsweise günstigen Preisen für die „reine“ Energiekomponente – eine besondere Markteintrittsbarriere für neue Anbieter dar. Unmittelbar am Markt zu beobachtende Konsequenz ist ein geringes Wechselverhalten der Kunden, da sich die Endverbraucher durch einen Lieferantenwechsel vergleichsweise wenig ersparen können. Da aufgrund dieser vergleichsweise geringen Ersparnis nicht genügend Kunden den Lieferanten wechseln, kommen neu in den Markt eintretende Unternehmen kaum auf eine „kritische Masse“ von Kunden, die aber Voraussetzung für eine wirtschaftliche Marktbearbeitung ist. Diese Zusammenhänge halten selbst große internationale Energiekonzerne von einem Markteintritt in Österreich ab.

Wenngleich Erfahrungen zeigen, dass sich die Bereitschaft zum Wechsel der Versorger erst innerhalb einiger Jahre herausbildet, sind die Wechselraten in Österreich – ausgenommen bei Großkunden – eher bescheiden, auch sind Rückbewegungen festzustellen. Es spricht viel dafür, dass die Strombezieher sich der jeweiligen Verpflichtungen von Netzbetreiber und Energielieferant nur unzureichend bewusst sind und diesbezüglich Aufklärungsbedarf besteht.

Obgleich die Entbündelung das Problem prohibitiver Netztarife zumindest mittelfristig entschärfen wird, da eine Quersubventionierung von Energie durch das Netz dann nicht mehr möglich sein wird, erscheint der vom Regulator angekündigte Umstieg auf den aus volkswirtschaftlicher Sicht sinnvollen Regulationsansatz, die Netztarife langfristig anreizorientiert an die notwendigen Kosten heranzuführen, besonders begrüßenswert. Dabei ist auf die Aufrechterhaltung einer hohen Angebotsqualität zu achten.

Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass bei der großen Anzahl von Netzbetreibern in Österreich (147!) zumindest einheitliche Vorgaben für die Verrechnung bis hin zu einer interoperablen Software geschaffen werden sollten. Die Wettbewerbskommission nimmt zur Kenntnis, dass für zwingende Vorgaben hierzu derzeit die gesetzliche Grundlage fehlt. Sie regt deren Schaffung an und verweist auf das Beispiel in Großbritannien, wo eine Datenbank eingerichtet wurde, die von den Netzbetreibern mit den erforderlichen Daten gespeist wird.

Die Wettbewerbskommission empfahl neben der zügigen Umsetzung einer anreizorientierten Regulierung der Netztarife die Unternehmen der Energiewirtschaft auch einer laufenden Missbrauchsaufsicht und einem „Branchenwettbewerbs-Monitoring“ zu unterziehen.

Die Wettbewerbskommission hat empfohlen, angesichts der Schlüsselfunktion der Netztarife für die Wettbewerbssituation die Beobachtung der Entwicklungen in der EU konsequent fortzusetzen, positive Beispiele aus anderen Mitgliedstaaten auf ihre Eignung für Österreich zu prüfen und allenfalls erforderliche gesetzliche Weiterentwicklungen anzustreben.

Die Wettbewerbskommission empfiehlt weiters, die Information insbesondere über die Verpflichtungen der Netzbetreiber wesentlich zu verstärken und den EVUs diesbezügliche Verpflichtungen aufzuerlegen.

Die Wettbewerbskommission ist bereit, an der Diskussion über ein Wettbewerbsbelebungsprogramm teilzunehmen.

Pauschalangebote („All-inclusive – Verträge“)

Den Bestrebungen einzelner EVUs in Richtung des Angebotes von „All-inclusive-Verträgen“ sollte deshalb entschieden entgegen getreten werden, weil den Kunden dadurch Vorteile aus Senkungen der Netztarife entgehen und der darin enthaltene Energiepreis um die Senkungsrate der Netztarife automatisch erhöht wird.

Die Wettbewerbskommission empfiehlt zu untersuchen, welche EVUs derzeit derartige Vertragsformen anwenden, zu prüfen, ob Senkungen der Netztarife weiter gegeben werden sowie geeignete Maßnahmen zu setzen.

Aktivitäten der EVUs in anderen Bereichen der Ver- und Entsorgung sind angesichts der gegenwärtigen Wettbewerbsverhältnisse besonders zu beobachten.

Strombörsen

Die Wettbewerbskommission ist sich bewusst, dass Österreich hier Preisnehmer ist, weil die Preisbildung an Börsen in anderen Mitgliedstaaten der EU – und hier für Österreich insbesondere in Deutschland – erfolgt. Freilich erscheint die Transparenz der dortigen Preisbildung des Hinterfragens wert und zumindest verbesserungswürdig. Insbesondere erscheint es problematisch, dass speziell bei „forward-Kontrakten“ in Ermangelung von Angeboten Umfragen als Basis für den Börsenpreis verwendet werden. Es ist daher positiv zu bewerten, dass sich die EU-Kommission mit dieser Thematik befassen wird und auch neue rechtliche Vorgaben vorbereitet. In Österreich ist die Finanzmarktaufsicht für das Börsenwesen zuständig.

Weitere Überlegungen

Die Wettbewerbskommission erachtet es als angebracht, angesichts der Marktentwicklung der letzten Jahre die Beurteilung von Zusammenschlüssen der E-Wirtschaft in Österreich als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen zu hinterfragen und zu prüfen, inwieweit nicht doch vieles für eine Beurteilung als kooperatives Gemeinschaftsunternehmen spricht.

Die Erkenntnisse aus dem vorliegenden Teilbericht über den Strommarkt veranlassen daran zu erinnern, dass die Wettbewerbskommission ähnliche Untersuchungen auch für den Gasmarkt angeregt hat.

Auch der zweite Teilbericht der gegenständlichen Untersuchung der Bundeswettbewerbsbehörde wurde eingehend erörtert und zum Anlass für – erstmals in dieser Form in der Wettbewerbskommission durchgeführte – Informationsgespräche mit Vertretern der E-Wirtschaft genommen. Die Wettbewerbskommission hat sich vorerst dafür entschieden, erst nach Vorliegen des Endberichts eine weitere Stellungnahme vorzulegen.

Branchenuntersuchung Lebensmittelhandel

Dem Bericht über die Branchenuntersuchung Lebensmittelhandel sind die für die Bundeswettbewerbsbehörde bestehenden Probleme, von den betroffenen Unternehmen die notwendigen Auskünfte zu erhalten, zu entnehmen. Die Gesetzesnovellierungen haben hier keine Änderung der Rechtslage gebracht. Die Wettbewerbskommission zeigt das Spannungsverhältnis auf, das in zeitlicher und sachlicher Hinsicht für eine wirkungsvolle Wettbewerbspolitik – insbesondere in Fällen von Untersuchungen allfälliger Missbräuche der Marktmacht – besteht, wenngleich sie anerkennt, dass schutzwürdige Interessen von Unternehmungen zur Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bestehen. Die Wettbewerbskommission betrachtet die derzeitige Situation aus der Sicht der Wettbewerbspolitik jedenfalls als unbefriedigend. Es erscheint in diesem Zusammenhang auch sinnvoll, vergleichbare ausländische Regelungen und ausländische Entscheidungspraktiken zu analysieren. Die Wettbewerbskommission hält solche vergleichenden Analysen darüber hinaus auch hinsichtlich der in Österreich bestehenden Kriterien für das Vorhandensein von Marktmacht für wünschenswert.

Ungeachtet der bestehenden Schwierigkeiten und Verzögerungen bei der Branchenuntersuchung „Lebensmitteleinzelhandel“ unterstreicht die Wettbewerbskommission ihre Position, dass eine Untersuchung, für die größtes öffentliches Interesse besteht, jedenfalls nicht ohne Ergebnis abgebrochen werden soll.

Die Wettbewerbskommission betonte ihr Interesse an einer Fortsetzung der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Bundeswettbewerbsbehörde und dem BMWA und erneuerte ihre Bereitschaft hiezu.

Resümee

Abschließend ist festzustellen, dass

- sich die Rahmenbedingungen für die Wettbewerbskommission beachtlich weiterentwickelt haben
- die Kommissionsarbeit wesentlich intensiviert wurde
- die von der Bundeswettbewerbsbehörde vorgelegten Branchenuntersuchungen wertvolle Denkanstöße für die Arbeit der Wettbewerbskommission geben
- die Wettbewerbskommission – wie immer wieder anerkannt wird – gegen Ende der ersten Funktionsperiode auf einem guten Weg ist und
- die Wettbewerbskommission bemüht ist, ihre Aufgaben im Bereich des Wettbewerbsrechts umfassend, sachlich und effizient zu bearbeiten.

6.3 Tätigkeitsbericht 2005 der Amtspartei Bundeskartellanwalt

2005 war für den Bundeskartellanwalt das bisher arbeitsreichste Jahr: 561 neue Verfahren (davon 368 Zusammenschlussmeldungen), 742 Verfahren wurden insgesamt bearbeitet. In sechs Fällen wurden Prüfanträge gestellt. Einige initiierte Verfahren der Zusammenschlusskontrolle werden in diesem Bericht des Kartellanwalts näher beschrieben: Lenzing-Tencel, EVN-RAG-Beteiligungs-AG, Medicur-Österreichische Rundfunksender, Vossloh-Pfleiderer, Microsoft-Sybari Software und HC-BeteiligungsG-Danubia-Apotheke. Im Untersagungsverfahren Asphaltmischwerk Greinsfurt folgte das Kartellgericht dem Antrag des Bundeskartellanwalts, im Verfahren Grazer Fahrschulen wurde die Bundeswettbewerbsbehörde erfolgreich unterstützt. Lenzing wurde das in Österreich bisher höchste Bußgeld (1,5 Mio Euro) wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses auferlegt.

Alfred Mair; Gustav Stifter

6.3.1 Überblick

Im Jahr 2005 konnten einige bereits früher initiierte Verfahren erfolgreich beendet werden:

Dazu gehört die die bisherige Judikatur abändernde Grundsatzentscheidung „Honorarordnung der Baumeister“²⁰⁹ zu unverbindlichen Verbandsempfehlungen,²¹⁰ die Bestätigung der Untersagung eines Zusammenschlusses im Verfahren Lenzing/Tencel durch das Kartellobergericht,²¹¹ die Verhängung einer Geldbuße von 1,5 Mio Euro im Verfahren Lenzing/Tencel wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses²¹² und die (nicht rechtskräftige) Untersagung der gemeinsamen Produktion von Asphaltmischgut²¹³.

Das Jahr 2005 war aber auch das bislang arbeitsreichste: Neu angefallen sind 561 Verfahren (darunter 368 Zusammenschlussanmeldungen), insgesamt wurden 742 Verfahren bearbeitet.

²⁰⁹ dazu unten 6.3.5.

²¹⁰ siehe auch in diesem Band 5.5.1 Reitzner, Rudolf, Honorarordnung der Baumeister.

²¹¹ dazu unten 6.3.2.

²¹² dazu unten 6.3.4.

²¹³ dazu unten 6.3.3.

In insgesamt 63 verschiedensten kartellgerichtlichen Verfahren hat die Amtspartei Bundeskartellanwalt 103 ausführlich begründete schriftliche Stellungnahmen abgegeben.

In sechs Zusammenschlussverfahren wurden vom Bundeskartellanwalt Prüfungsanträge (teilweise gemeinsam mit der Bundeswettbewerbsbehörde) gestellt. In einem Fall wurde die Untersagung des Zusammenschlusses vom Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht bestätigt (Lenzing/Tencel), in einem Fall wurde die Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen und nicht mehr neu angemeldet (Vossloh/Pfleiderer).

In zwei Fällen wurde der Zusammenschluss ohne Auflagen freigegeben, in einem weiteren Verfahren wurde die Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen.

Nachstehend sollen einige wichtige, von der Amtspartei Bundeskartellanwalt initiierte bzw mitinitiierte Verfahren näher dargestellt werden.

6.3.2 Zusammenschlusskontrolle

Lenzing / Tencel²¹⁴: OGH als Kartellobergericht bestätigt Untersagungsbeschluss

Wie bereits im Jahresbericht 2004 ausführlich dargestellt, untersagte das Kartellgericht – auf Antrag der Amtspartei Bundeskartellanwalt – nach mehrmonatiger intensiver Prüfung den Zusammenschluss. Es legte – ebenso wie seinerzeit die Europäische Kommission – seiner Entscheidung einen sachlich relevanten Markt für Lyocell zugrunde. Durch die Genehmigung der Fusion entstünde faktisch ein weltweites Monopol von Lenzing für die Erzeugung von Lyocell, das überdies noch durch eine restriktive Lizenzpolitik abgesichert würde. 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.

Der OGH als Kartellobergericht bestätigte diese Untersagung. Dies stellt erst die zweite rechtskräftige Untersagung eines Zusammenschlusses seit Bestehen einer Zusammenschlusskontrolle in Österreich dar.

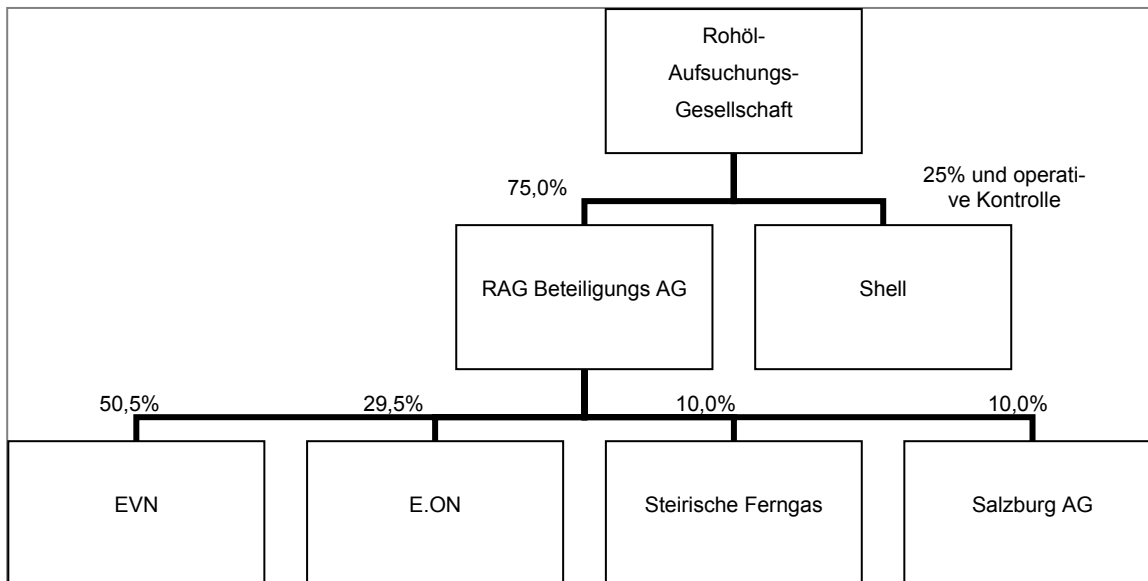
EVN / RAG Beteiligungs-AG²¹⁵

Anfang 2005 wurde über Anregung der zuständigen Regulierungsbehörde E-Control von beiden Amtsparteien ein Prüfungsantrag hinsichtlich des angemeldeten Erwerbs der alleinigen Kontrolle der EVN über die Rohöl-Aufsuchungs-Beteiligungsaktiengesellschaft (RBG) gestellt.

²¹⁴ OGH als KOG 14. Februar 2005, 16 Ok 1/05; vgl auch 6.3.4.

²¹⁵ KG 24. Februar 2005, 24 Kt 570/04; 24 Kt 11,12/05.

Abbildung 6: Die betroffenen Unternehmen



Die RAG-Beteiligungs-Aktiengesellschaft (RBG), eine Tochter der EVN, der E.ON, der Steirischen Ferngas AG und der Salzburg AG, kontrolliert gemeinsam mit Shell die Rohöl-Aufsuchungsgesellschaft (RAG). RAG selbst fördert Erdgas und Rohöl in Österreich und stellt auf den Märkten „Förderung von Erdgas und Verkauf von Erdgas an Großverteiler“, „Speicherung von Erdgas“, „Verkauf von Erdgas an Endkunden“, „Anbieter von Bilanzgruppendienstleistungen (Ausgleichsenergie)“ den einzig nennenswerten, in Österreich aktiven Wettbewerber gegenüber der EconGas-Gruppe dar.

EVN ist mit 15,7% an dem Gemeinschaftsunternehmen EconGas beteiligt. Econgas wird von der OMV Gas zu 50% sowie – neben der EVN – von der Begas, der Linz AG, der Wien Energie und der OÖ Ferngas gehalten. Deren Kerngeschäft ist der Erdgas-Direktvertrieb an Kunden mit einem Jahresverbrauch ab 500.000 Kubikmeter in Österreich sowie der Handel mit Erdgas. Die EVN übertrug ihre gesamten Aktivitäten in diesen Märkten an EconGas, eine Konkurrenzklausel verbietet der EVN auch weiterhin in den Märkten der EconGas tätig zu sein.

EVN meldete den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die RBG an (die gemeinsam mit Shell kontrolliert wird). Wettbewerbsliche Bedenken bestanden insbesondere hinsichtlich der Beteiligung der EVN an der ECONGAS, die zu 50% von der OMV-Gas gehalten wird.

Während des Prüfungsverfahrens modifizierten die Zusammenschlusswerber die Anmeldung in einem wesentlichen Ausmaß, worauf der Prüfungsantrag zurückgezogen und der Zusammenschluss genehmigt wurde.

Medicur-Holding / Österreichische Rundfunksender²¹⁶

Der Bundeskartellanwalt beantragte die kartellgerichtliche Prüfung nachstehenden Zusammenschlussvorhabens: Medicur-Holding, die Medienholding der Raiffeisen-Gruppe, in der die wesentlichen Medienbeteiligungen (Mediaprint, NEWS-Zeitschriftenverlag, aber auch große Plakat-Außenwerbeunternehmen etc) gebündelt sind, beabsichtigte, sich an der Österreichische Rundfunksender GmbH (ORS) mit 40% zu beteiligen.

ORS ist ein Unternehmen des ORF. Mit 1. Jänner 2005 wurde der Sendebetrieb des ORF an die ORS ausgliedert. ORS betreibt mit rund 1.800 Sendern an rund 480 Standorten in Österreich ein flächendeckendes Netzwerk für die terrestrische Verbreitung von Rundfunk- und ähnlichen Signalen (Hörfunk).

²¹⁶ KG 19.12.2005, 26 Kt 391, 434/05.

ORS beabsichtigte, sich im Zuge der bevorstehenden Digitalisierung des terrestrischen Rundfunks an der Ausschreibung einer so genannten „Multiplex-Plattform“ (deren Aufgabe darin besteht, mehrere TV-Programme zu einem digitalen Datenstrom zu bündeln und diesen terrestrisch auszustrahlen) zu beteiligen, wofür ein starker Finanzpartner gesucht wurde.

Im Prüfungsverfahren haben die Amtsparteien insbesondere hinsichtlich der Medienvielfalt massive Bedenken geäußert. Die Fusion stellte für Außenstehende insofern ein hochkomplexes Gebilde dar, als für einen technischen Laien nur sehr schwer abzuschätzen ist, welche Auswirkungen die bevorstehende Digitalisierung haben wird, insbesondere welche technischen Möglichkeiten für Medienunternehmen (Verbreitung elektronischer Medieninhalte, neue Werbeformen etc) sie bieten wird. Unter diesem Aspekt erwies sich die Beiziehung der zuständigen Regulierungsbehörde „Kommunikationsbehörde Austria“ (KommAustria) durch die Amtsparteien bereits im Vorfeld des kartellgerichtlichen Verfahrens als extrem wichtig und wertvoll.

In intensiven Verhandlungen zwischen Anmeldern, Amtsparteien, Regulierungsbehörde und Kartellgericht konnte eine ausgewogene Auflagen- bzw Selbstverpflichtungslösung gefunden werden, die der Entscheidung des Kartellgerichts zugrundegelegt werden konnte. Die Nichtuntersagung des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht erfolgte unter strengen Auflagen, die sicherstellen werden, dass der (rein technische) Bereich des Senderbetriebs, sowohl vom Medieninhaltsbereich (*content*) als auch vom Werbebereich getrennt ist, dass ORS keinen Rundfunk nach den Bestimmungen des ORF-Gesetzes oder des Privat-TV-Gesetzes veranstalten wird, und dass die Vermarktung von Werbeflächen bzw Werbebuchungen jedenfalls in nichtdiskriminierender Weise zu erfolgen hat.

Vossloh / Pfeiderer Infrastrukturtechnik, Pfeiderer Track Systems²¹⁷

Vossloh ist ein weltweit tätiger Konzern, dessen Geschäftsfeld unter anderem die Herstellung von Schienen-Infrastruktur – mit den Schwerpunkten Schienenbefestigungssysteme, Wechsel und Instandhaltung von Gleisanlagen – umfasst. Vossloh beabsichtigte, von Pfeiderer Track Systems den Bereich Infrastrukturtechnik *Track Systems* (Bahnschwellen, Schwellensysteme) zu übernehmen. Pfeiderer ist Technologieführer bei speziellen „Feste Fahrbahn“-Bahnunterbausystemen und hält im süddeutschen Raum Marktanteile von über 40% bei Betonschwellen.

Elemente des Schienenbefestigungssystems werden direkt in Betonschwellen eingegossen und stellen daher Vorprodukte für die Betonschwellen dar. Vossloh hat sich in Österreich als absoluter Marktführer mit einem Marktanteil von weit über 50% bei Schienenbefestigungssystemen etabliert. Alleine aufgrund der notwendigen Wartungsarbeiten hält Vossloh dabei eine dominante Stellung zumindest für die Wartung der Schwellen mit bis zu 50-jähriger Nutzungsdauer. Die österreichischen Hersteller von Spannbetonschwellen sind dabei auf die Lieferung der Schienenbefestigungselemente von Vossloh angewiesen und fürchteten die direkte Konkurrenz von Vossloh/Pfeiderer Schienenschwellen.

Nach massiven Beschwerden von Abnehmern (Bahnunternehmen) sowie Wettbewerbern wurde sowohl von der Amtspartei Bundeskartellanwalt als auch von der Bundeswettbewerbsbehörde ein Prüfungsantrag gestellt. Während des Prüfungsverfahrens zogen die Anmelder die Zusammenschlussanmeldung zurück.

Microsoft / Sybari Software²¹⁸

Microsoft meldete den Erwerb eines Herstellers von Antivirensoftware, Sybari Software Inc, beim Kartellgericht an. Die Amtspartei Bundeskartellanwalt argumentierte, dass Microsoft bereits verschiedene Hersteller von Antivirensoftware bzw *Antispyware* erworben hätte, die eine horizontale Marktanteilsaddition zufolge hätten. Microsoft könnte seine starke Stellung für Betriebssysteme auf dem Markt für Antivirensoftware übertragen. Die Bundeswettbewerbsbehörde brachte vor, dass der relevante Markt jener für „Meta-Antivirensoftware“ wäre, auf dem Sybari bereits eine marktbeherrschende Stellung hätte

²¹⁷ Antragsrückziehung am 24.11.2005, 24 Kt 417,418,464,472/05.

²¹⁸ KG 15.6.2005, 29 Kt 122,165,178/05.

Im Laufe des Prüfungsverfahrens wurde vom Gericht ein Sachverständigen-Gutachten eingeholt, das zum Schluss kam, dass Microsoft noch nicht auf dem Markt für Antivirussoftware tätig ist und das Produkt von Sybari vor allem von professionellen Kunden gekauft wird, die in jeweils eigenständigen Entscheidungen sich für ein Betriebssystem und eine Antivirensoftware entscheiden. Aufgrund dieses Gutachtens wurde der Prüfungsantrag zurückgezogen.

HC Beteiligungsgesellschaft / Danubia-Apotheke²¹⁹

Die Amtspartei Bundeskartellanwalt unterstützte die Bundeswettbewerbsbehörde in einem Verfahren betreffend den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung. Herba-Chemosan, Mutter der HC Beteiligungsgesellschaft und Tochter des europäischen Marktführers Gehe AG (D), hält auf dem Markt für Pharmagroßhandel in Österreich einen Marktanteil von etwa 45%. Eine Branchenuntersuchung der Bundeswettbewerbsbehörde hatte ergeben, dass rund 25% der Apotheken durch mittelbare, unmittelbare sowie stille Beteiligungen oder sonstige Finanzierungshilfen mit Herba-Chemosan verbunden sind. In einem vorhergehenden Verfahren hatte eine Gerichtsgutachterin als kritischen Schwellenwert einen Wert von 10 bis 12% gesehen. Nach Stellung des Prüfungsantrags wurde die Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen.

Anmerkung

Mit dem Kartellgesetz 2005 wurde der „untere Schwellenwert“ für die Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen von 2 Mio Euro auf 5 Mio Euro angehoben, so dass der Erwerb von Apotheken mit im Median 1,8 Mio Euro Umsatz keiner kartellrechtlichen Kontrolle mehr unterliegt. Tatsächlich wurde am 18. Jänner 2006 eine Neugründung der „Danubia-Apotheke“ mit der HC Beteiligungsgesellschaft als Kommanditist ins Firmenbuch eingetragen. Daraus folgt, dass die Entwicklung dieser Branche sorgsam beobachtet werden muss.

6.3.3 Untersagungsverfahren

Asphaltmischwerk Greinsfurt²²⁰

Im Verfahren Asphaltmischwerk Greinsfurt folgte das Kartellgericht einem Antrag der Amtspartei Bundeskartellanwalt und untersagte die Fortsetzung der gemeinsamen Produktion von Asphaltmischgut. Da der Untersagungsbeschluss noch nicht rechtskräftig ist, wird über die überdies beantragte Geldbuße erst nach Entscheidung des OGH zu erkennen sein.

Im kartellgerichtlichen Beschluss wurden Feststellungen getroffen, dass im Rahmen des Betriebs des Gemeinschaftsunternehmens zahlreiche Verhaltensweisen an den Tag gelegt wurden, die sich letztendlich negativ auf die Wettbewerbsintensität auswirkten:

- Die Geschäftsführer der Asphaltmischanlage waren gleichzeitig Geschäftsführer für Straßenbau der Mutterunternehmen, ein Geschäftsführer des Asphaltmischwerkes war gleichzeitig Geschäftsführer bei drei weiteren Asphaltmischanlagen.
- Wenn Asphaltmischanlagen von mehreren Unternehmern gemeinsam betrieben werden, so kommen die Geschäftsführer regelmäßig zu Beginn der Saison zusammen und bestimmen die Konditionen für den Bezug. Die Geschäftsführer der betreffenden Anlage erstatteten zur Vorbereitung der Entscheidung Preisvorschläge auf Basis der Vollkostenrechnung des vergangenen Jahres sowie Annahmen über den Absatz der kommenden Saison.
- Die Gesellschafterversammlung zur Bestimmung der Preise, an der auch Vorstandsmitglieder der Mutterunternehmen teilnehmen, fand vor der jährlichen Saison – regelmäßig im Monat April – statt.
- Es wurden nur sehr geringe Mengen von Asphaltmischgut an Dritte verkauft, diese Menge reduzierte sich im Laufe des Bestehens des Asphaltmischwerkes von etwa 5% (1999) auf weniger als 1% (2003).

²¹⁹ Anmeldungsrückziehung am 12.7.2005, 29 Kt 255,303,304/05.

²²⁰ KG 5.9.2005, 25 Kt 183, 184/04.

Asphaltmischgut wird an Straßenbauunternehmen, die im relevanten Markt nicht über Asphaltmischanlagen verfügen, nur zögerlich und zu einem nicht wettbewerbsfähigen Preis angeboten.

- Auch zeigte sich, dass der bei den Ausschreibungen erzielte Preis sehr ähnlich dem Listenpreis für Asphaltmischgut dieses Gemeinschaftsunternehmens „für Dritte“ war, intern jedoch ein bedeutend geringerer Preis verrechnet wurde.

Sollte dieser Beschluss vom OGH bestätigt werden, so wäre die Rechtmäßigkeit auch zahlreicher anderer gemeinsamen Produktionen von Asphaltmischgut zu überprüfen. Jedenfalls scheint eine gemeinsame Produktion von Asphaltmischgut dann bedenklich, wenn der gemeinsame Marktanteil in einem der Märkte deutlich über 20% liegt. Bedenklich ist ebenfalls, wenn die Mütter gemeinsam die Preise für Dritte für das Asphaltmischgut bestimmen.

Bemerkenswert ist der offensichtlich schon durch die Verfahrenseinleitung zu verzeichnende Preisrückgang: Im Zuge des Verfahrens wurden nämlich von Dritten Ergebnisse von Ausschreibungen vorgelegt, denen zufolge, zeitgleich mit Einleitung des Verfahrens, der Marktpreis für Asphaltmischgut – je nach Sorte – auf zwei Drittel bis nahezu auf die Hälfte der Vorjahrespreise sank.

Der Rückgang der Preise mit Einleitung des Verfahrens brachte – umgerechnet auf das Marktvolumen – den Auftraggebern (insbesondere der öffentlichen Hand als Auftraggeber) eine Ersparnis von ca 25 Mio Euro für das Jahr 2004 und in etwa ebenso für 2005.

Anmerkung: Alleine die durch dieses Verfahren bewirkte Ersparnis vor allem der öffentlichen Hand würde den Gesamtkosten der Amtspartei Bundeskartellanwalt (auf heutigem Niveau) von mehr als 100 Jahren entsprechen.

Grazer Fahrschulen²²¹

Die Amtspartei Bundeskartellanwalt unterstützte die Bundeswettbewerbsbehörde in einem Verfahren betreffend Preisabsprachen von mehreren Grazer Fahrschulen. Die Verfahren wurden mit der rechtskräftigen Verhängung von Geldbußen in der Höhe von insgesamt 80.000 Euro beendet.

6.3.4 Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

Lenzing / Tencel²²²: Geldbuße wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses in Höhe von 1,5 Mio Euro

Am 7. Juni 2005 wurde auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde sowie des Bundeskartellanwalts Lenzing das höchste bislang in Österreich verhängte Bußgeld von 1,5 Mio Euro wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses auferlegt. Der Zusammenschluss wurde nämlich ungeachtet des beim Kartellgericht anhängigen Prüfungsverfahrens und eines letztendlich rechtskräftigen Untersagungsbeschlusses weiter betrieben: So wurden unter anderem insgesamt 50 Tencel-Mitarbeiter bis Ende 2004 abgebaut, Verkaufsbüros von Tencel geschlossen, die Marke des preiswerten Produktes zugunsten des teureren aufgelassen etc..

Das Kartellgericht stellte unter anderem fest, dass mit dem Kauf von Tencel der einzig ernstzunehmende Mitbewerber auf dem Lyocellmarkt wegfiel. Ebenso hätte die mangelnde Bereitschaft zur Lizenzvergabe – unter Berücksichtigung der Dauer der Einrichtung eines Lyocellwerkes – auch praktisch jeden potenziellen Wettbewerb in absehbarer Zeit ausgeschlossen.

Die Anmeldepflicht des Zusammenschlusses wurde schon in der Verbotsentscheidung²²³ festgestellt.

²²¹ KG 28.10.2005, 25 Kt 31,36,42,249,250/05; 26.1.2006, 25 Kt 30/05.

²²² KG 7.6.2005, 27 Kt 245,246/04, 27 Kt 21, 242/05.

²²³ vgl oben 6.3.2.

Das Kartellgericht bejahte ein erhebliches Verschulden von Lenzing, weil Lenzing aufgrund der Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission²²⁴ von der Problematik des Zusammenschlusses wissen musste und sich auf eine Auslegung des Wirkungsprinzips stützte, die von keinem der kartellgerichtlichen Senate getragen wurde. Ebenso wurde eine Bereicherung dem Grunde nach bejaht. Da dies jedoch die erste Entscheidung betreffend eine verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses war, wurde von einer höheren Geldbuße abgesehen.

6.3.5 Unverbindliche Verbandsempfehlungen

Bundesinnung Bau: Änderung der Honorarordnung der Baumeister²²⁵

Der Amtspartei Bundeskartellanwalt, unterstützt durch die Bundeswettbewerbsbehörde, erreichte eine wichtige Grundsatzentscheidung hinsichtlich unverbindlicher Verbandsempfehlungen. Die Honorarordnung der Baumeister (HOB) war, obwohl mehrmals angegriffen, seit 1973 eine eingetragene unverbindliche Verbandsempfehlung. Auch hatte der OGH jahrelang die Linie verfolgt, dass, solange kein Druck zur Durchsetzung einer unverbindlichen Preisempfehlung ausgeübt wird, diese grundsätzlich erlaubt war; ebenso wurde auch das Bestehen eines Beschlusses iSd Art 81 EG-V verneint, da dieser die Mitglieder nicht faktisch binden und in den Empfehlungen durchgängig deren Unverbindlichkeit betont wurde.

Deshalb beschritt die Amtspartei Bundeskartellanwalt in diesem Verfahren einen grundlegend anderen Weg: Es wurde im Widerrufs Antrag vorgebracht, dass die neue Honorarordnung versuche, in Einzelfällen das Preisniveau sogar zu verdoppeln und das in der HOB angegebene Preisniveau jedenfalls das marktübliche erheblich übersteige. Folglich bewirke die Honorarordnung in letzter Konsequenz eine Täuschung nicht erfahrener Konsumenten, weshalb sie „volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt“ sei.

Überdies würde bei der Durchsetzung der Honorarordnung der Baumeister vor Zivilgerichten der Eindruck erweckt, dass die HOB der „ortsübliche Preis“ sei und dieser ein verbindlicher Charakter zukomme. Die Bundeswettbewerbsbehörde brachte vor, dass die HOB durch Angabe konkreter Preise den Preiswettbewerb beschränken könne und die HOB gegen Gemeinschaftsrecht verstoße.

Das Kartellgericht führte erstmals eine umfassende wirtschaftliche und kartellrechtliche Analyse der unverbindlichen Empfehlung durch, folgte den Argumenten des Bundeskartellanwaltes und trug den Widerruf der HOB auf²²⁶.

Die Entscheidung des OGH bestätigte jene des Kartellgerichts:

- Ein Fachverband einer Wirtschaftskammer ist eine „Unternehmensvereinigung“ iSv Art 81 Abs 1 EG-V.
- Die Herausgabe der Empfehlung stellt einen „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ iSv Art 81 Abs 1 EG-V dar, da er getreuer Ausdruck des Willens des Verbandes war, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt zu koordinieren. Sogar wenn der Beschluss die Mitglieder nicht faktisch bindet, liegt der Tatbestand des Beschlusses vor, wenn mehrere Mitglieder der Vereinigung freiwillig der Aufforderung zu einem Tun oder Unterlassen nachkommen.
- Schon die Festsetzung von Richtpreisen beeinträchtigt den Wettbewerb dadurch, dass diese Richtpreise sämtlichen Teilnehmern am Kartell die Möglichkeit geben, mit hinreichender Sicherheit vorherzusagen, welche Preispolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden.
- Es liegt eine „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ vor, da die Antragsgegnerin die Durchsetzung der angegebenen Honorare am Markt anstrebte, die Üblichkeit der Honorare behauptete und die Textierung Passagen mit verbindlichem Charakter enthielt. Da die Honorarordnung eine Wettbewerbsbeschrän-

²²⁴ EuK 17.10. 2001, Fall M.2187 CVC / Lenzing (ABI 2004 L 82/20).

²²⁵ OGH als KOG 20.12.2005, 16 Ok 45/05.

²²⁶ KG 14.4.2005, 25 Kt 218,304,315,510,526/04.

kung bezweckte, ist es unerheblich, wenn die festgesetzten Preise in der Praxis nicht beachtet wurden, indem Nachlässe gewährt wurden.

- Die HOB ist – ohne auf das Kriterium der Unerlässlichkeit einzugehen – auch nicht freistellungsfähig im Sinne von Art 81 Abs 3 EG-V, da der Behauptung des Schutzes der Verbraucher vor überhöhten Preisen die Feststellung entgegensteht, dass die am Markt erzielbaren Preise mitunter deutlich unter den sich durch die HOB ergebenden Preise liegen.

Der OGH stellte somit fest, dass eine Preisempfehlung eines Fachverbandes einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung darstellen kann, der eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und somit unvereinbar mit Art 81 Abs 1 EG-V sein kann.

Vor dem Hintergrund der ersatzlosen Streichung der Bestimmungen über „unverbindliche Verbandsempfehlungen“ im Kartellgesetz 2005 wird dieser Beschluss die Kriterien für die zukünftige Beurteilung von Preis- oder Kalkulationsempfehlungen von Unternehmensverbänden darstellen.

Fachverband Technische Büros / Ingenieurbüros: Kalkulationsempfehlung²²⁷

In zunächst langwierigen, aber sehr konstruktiven Gesprächen konnten die Amtsparteien mit dem Fachverband der Technischen Büros die ehemals „unverbindliche Verbandsempfehlung“ durch eine grundlegend neue Kalkulationsempfehlung ersetzen lassen. Ausgangspunkt ist die selbstständige Kalkulation der Preise des jeweiligen Technischen Büros anhand eigener Erfahrungswerte (Bearbeitungszeiten), eigener Kosten und der Kollektivvertragslöhne. Zu Vergleichszwecken ist eine statistische Auswertung historischer Erfahrungswerte zum Zeitbedarf im Anhang verfügbar. Neben einer gedruckten Erläuterung ist die Kalkulationstabelle von der Homepage des Fachverbandes im Internet abrufbar. Eine derartige Kalkulationsempfehlung ist nach Ansicht der Amtsparteien auch mit den Regeln des EU-Wettbewerbsrechts vereinbar.

Fachverband der Spediteure: Kalkulationsschema für speditionelle Kaufmannsgüter²²⁸

Gemeinsam mit dem Fachverband der Spediteure wurde die unverbindliche Verbandsempfehlung für Kaufmannsgüter grundlegend überarbeitet. Nach Ansicht der Amtsparteien waren Empfehlungen von – in Euro aufgeführten – Preisen für verschiedene Leistungen nicht mehr mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar. Es wurde in Zusammenarbeit des Fachverbandes mit den Amtsparteien ein Kalkulationsschema entwickelt, das in Form einer Excel-Tabelle die für verrechenbare Leistungen jeweils zu beachtenden Kostenfaktoren enthält, wobei das jeweilige Fachverbandsmitglied Werte aus seiner eigenen Buchhaltung eintragen kann. Weitere Tabellen betreffen die Berechnung der verrechenbaren Kosten für Arbeiter, Angestellte, Kraftfahrzeuge, Hubstapler und Lager. Ein derartiges Kalkulationsschema soll den Fachverbandsmitgliedern die Berechnung der tatsächlichen eigenen Kosten erleichtern und ist mit Art 81 EG-V vereinbar.

6.4 Tätigkeitsbericht der Übernahmekommission

2005 wurden 23 Verfahren durchgeführt. Das bislang größte Übernahmeverfahren war das 2,6 Mrd Euro-Angebot der UniCredit an die BA-CA-AktionärInnen. Genauer eingegangen wird auch auf die Übernahme der Investkredit durch die Volksbanken AG. Bedeutend war auch das Pflichtangebot der Kerbler & Kowar Holding an Kapital & Wert-AktionärInnen.

Helmut Gahleitner

Im Berichtsjahr 2005 hat sich die Anzahl der von der Übernahmekommission zu bearbeitenden Fälle im Vergleich zum Vorjahr nur unwesentlich geändert. Insgesamt wurden 23 Verfahren durchgeführt, wobei – so wie in den Vorjahren – Anzeigeverfahren nach § 25 Übernahmegesetz (ÜbG) dominierten (Vorjahr: 24 Verfahren).

²²⁷ KG 1.12.2005, 25 Kt 582/05.

²²⁸ KG 2.1.2006, 24 Kt 587/05 (Verfahrenseinstellung).

Geprägt war das Jahr 2005 einerseits vom bislang größten Übernahmeverfahren, namentlich dem von UniCredit an die BA-CA-AktionärInnen gerichteten Barangebot mit einem Angebotsvolumen von 2,6 Mrd Euro, andererseits von der Diskussion über die Novellierung des Übernahmerechts. Die Übernahme der Investkredit Bank AG durch die Österreichische Volksbanken AG (ÖVAG) sowie das Pflichtangebot der Kerbler & Kowar Holding GmbH an die AktionärInnen der Kapital & Wert Vermögensverwaltung AG waren die weiteren Öffentlichen Übernahmeangebote im Berichtsjahr (Vorjahr: 4 Übernahmeangebote). Aus wirtschaftspolitischer Sicht sind vor allem die zwei bedeutenden Zusammenschlüsse im Bankenbereich von Interesse, weshalb sich die nachstehenden Ausführungen auf diese Übernahmeverfahren konzentrieren.²²⁹

6.4.1 Investkredit Bank AG - Österreichische Volksbanken AG²³⁰

Die beteiligten Unternehmen

Die Investkredit Bank AG (Investkredit) bietet als Spezialbank ihre Finanzdienstleistungen ausschließlich Unternehmen an. In den drei Geschäftsbereichen (Unternehmen, Kommunen und Immobilien) beschäftigt der Konzern rund 500 MitarbeiterInnen und wies zum 31. Dezember 2004 eine vorläufige Bilanzsumme von rund 21,4 Mrd Euro aus. Eigentümer der Investkredit sind vor der Übernahme vor allem die Großbanken BA-CA (28,11%), BAWAG/PSK (22,36%), RZB (18,29%), ERSTE BANK (11,83%), ÖVAG (4,06%) und OEKB (0,41%), die auf Grundlage eines Syndikatsvertrages ihre Aktien an der Investkredit im Ausmaß von insgesamt 85,07% syndiziert haben. Die Wiener Städtische mit 7,3% und PublikumsaktionärInnen mit rund 7,64% Aktienanteil komplettieren das Aktionariat der Investkredit.

Die Österreichische Volksbanken AG (ÖVAG) ist das Spitzeninstitut für die regionalen Kreditgenossenschaften nach dem System Schulze-Delitzsch (Volksbanken). Als Spitzeninstitut erbringt die ÖVAG für die österreichischen Volksbanken Dienstleistungen in den Bereichen Marketing, Organisation, EDV und leistet Unterstützung unter anderen beim Liquiditätsmanagement, Wertpapieremissionsgeschäft oder Refinanzierungen. Weiters bietet die ÖVAG als Kommerzbank Bankdienstleistungen mit den Schwerpunkten Klein- und Mittelbetriebe an und ist auch im Ausland über diverse Tochtergesellschaften im Retailgeschäft tätig. Leasingfinanzierung, Factoring, Investmentfondsgeschäft und Investmentbanking sind weitere Geschäftsbereiche des Unternehmens. Insgesamt waren im ÖVAG-Konzern zum Stichtag 31. Dezember 2004 rund 5.000 MitarbeiterInnen beschäftigt, die Bilanzsumme zum 31. Dezember 2003 betrug laut Angebotsunterlage 21,3 Mrd Euro.

Die ÖVAG erwartet sich durch die Übernahme der Investkredit eine deutliche Verstärkung im Großkundnengeschäft (Unternehmensfinanzierung), eine Neupositionierung und Ausbau des Mittel- und Osteuropa-Bankgeschäfts sowie eine Förderung und Entwicklung des Leasing- und Immobiliengeschäfts in Österreich sowie in Mittel- und Osteuropa.

ÖVAG wird einflussreicher Aktionär im Syndikat

Noch im Dezember 2004 kündigte die Österreichische Volksbanken AG (ÖVAG) die Übernahme der Investkredit Bank AG an. Der Ankündigung vorausgegangen war der Abschluss von Optionsverträgen mit den Paketaktionären BAWAG/PSK, ERSTE Bank und Wiener Städtische, die der ÖVAG den Erwerb von insgesamt 41,5% der Investkredit AG ermöglichten.

Die Syndikatsmitglieder, BAWAG/PSK und ERSTE BANK, haben entsprechend dem Syndikatsvertrag ihre Aktien den übrigen Syndikatsmitgliedern zum Kauf angeboten. Da innerhalb des Aufgriffsrechts kein Syndikatsmitglied vom Vorkaufsrecht Gebrauch machte, war der Weg für die Übernahme der Investkredit durch die ÖVAG frei. Am 1. Februar 2005 schloss die ÖVAG mit Wiener Städtischen Allgemeinen Versicherung AG, BAWAG/PSK sowie ERSTE BANK bedingte Aktienkaufverträge ab. Der vereinbarte Kaufpreis je Aktie

²²⁹ Ausführliche Informationen zu allen Verfahren finden sich auf der Homepage der Übernahmekommission (www.takeover.at). Die Übernahmekommission veröffentlicht alljährlich auch einen umfassenden Tätigkeitsbericht. Die Diskussion über die Novellierung des Übernahmerechts wird in diesem Band in 2.2.3 Gahleitner, Übernahmerecht ausführlich behandelt.

²³⁰ Nachfolgende Informationen sind im Wesentlichen der Angebotsunterlage zum Öffentlichen Übernahmeangebot der ÖVAG entnommen.

betrug 123,00 Euro. Der beabsichtigte Erwerb der Paketaktien stand unter der Bedingung, dass einerseits die Übernahme von der Europäischen Kommission nicht untersagt würde, und andererseits die österreichische Finanzmarktaufsicht ebenfalls den Erwerb der Aktienpakete bzw weiterer Aktien bewilligte.

Nach Eintritt der Bedingungen sah die Aktionärsstruktur der Investkredit wie folgt aus: ÖVAG wurde mit rund 45,52% Anteil am Grundkapital der Investkredit größte Aktionärin und gleichzeitig mit rund 49,31% Stimmrechtsanteil im Syndikat dominierendes Syndikatsmitglied. Dies bedeutete, dass in der Hauptversammlung der Investkredit gegen den Willen der ÖVAG kein Beschluss über Satzungsänderungen oder wesentliche Umgründungsmaßnahmen durchgesetzt werden konnte. Als größtes Syndikatsmitglied erwarb ÖVAG außerdem das Recht auf die Bestellung von fünf Mitgliedern in den Aufsichtsrat der Investkredit und hatte damit als einzige Aktionärin die Möglichkeit, die Bestellung von Mitgliedern des Investkredit-Vorstands zu verhindern. Nach dem Erwerb der Paketaktien von BAWAG/PSK und ERSTE BANK ist somit eine bedeutende quantitative und materielle Änderung im Sinne eines Kontrollwechsels im Syndikat eingetreten.

Wandlung des freiwilligen Öffentlichen Übernahmeangebots in ein Pflichtangebot

Noch vor der Erfüllung der genannten Bedingungen hatte die Österreichische Volksbanken AG am 17. März 2005 ein Freiwilliges Öffentliches Übernahmeangebot an alle AktionärInnen der Investkredit unter der Bedingung gestellt, dass neben den schon genannten Bedingungen (Genehmigung der Übernahme durch die EU-Kommission und Finanzmarktaufsicht) ÖVAG nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 50% der stimmberechtigten Aktien verfügt. Der Angebotspreis betrug ebenfalls 123,00 Euro je Aktie. Die Annahmefrist für das Freiwillige Übernahmeangebot lief vom 18. März 2005 bis zum 2. Juni 2005, das sind 50 Börsentage.

Während der Annahmefrist sind die Bedingungen (Genehmigung der Übernahme durch die EU-Kommission und Finanzmarktaufsicht) fristgerecht erfüllt worden und die Bieterin hat daraufhin die Paketaktien am 20. April 2005 rechtswirksam erworben. Der Erwerb der Paketaktien hat – wie oben beschrieben – einen Kontrollwechsel im Syndikat ausgelöst, weshalb das Freiwillige Übernahmeangebot in ein Pflichtangebot gemäß § 22 Abs 1 ÜbG umgewandelt wurde. Sowohl der Angebotspreis von 123,00 Euro je Aktie ex Dividende als auch die Annahmefrist bis 2. Juni 2005 blieben unverändert. Im Rahmen des Übernahmeangebots verpflichtete sich die ÖVAG freiwillig zur Nachzahlung im Ausmaß der Verbesserung für den Fall, dass sie innerhalb von neun Monaten nach Ablauf der gesetzlichen Nachfrist gemäß § 19 Abs 3 ÜbG Investkredit-Aktien oder Call-Optionen auf Investkredit-Aktien freiwillig zu einem höheren Preis erwirbt.

In seiner Stellungnahme zum Übernahmeangebot kommt der Vorstand der Zielgesellschaft Investkredit zum Ergebnis, dass der Angebotspreis angemessen sei. An der Wiener Börse notierten die Papiere der Investkredit zuletzt bei 126,85 Euro. Der Vorstand bewertete die Aussagen des Bieters hinsichtlich der künftigen Geschäftspolitik Erfolg versprechend, weil sich ÖVAG und Investkredit in ihrer Geschäftsfeldpositionierung sowie in ihrer geografischen Aufstellung gut ergänzen sollten. Auch in Bezug auf die künftigen Karrieremöglichkeiten der MitarbeiterInnen der Zielgesellschaft seien nach Ansicht des Vorstands die Chancen weiterhin gegeben, da die ÖVAG daran interessiert ist, die bisherige erfolgreiche Unternehmenspolitik des Investkredit-Konzerns mit dem bestehenden Management und Personal fortzuführen. In seiner Gesamtbeurteilung hat der Vorstand den AktionärInnen empfohlen das Angebot anzunehmen.

Eintritt des Nachzahlungsfalls

Im Rahmen der Angebotsfrist bis 2. Juni 2005 wurden 30.577 Aktien zum Verkauf eingereicht, sodass die Bietergesellschaft einschließlich der Aktien von PaketaktionärInnen und den bereits gehaltenen Aktien über 46,01% des stimmberechtigten Grundkapitals der Investkredit verfügte. Bereits während der Angebotsfrist bemühte sich die Österreichische Volksbanken AG um die Komplettübernahme der Investkredit. Vor allem die Raiffeisenbanken waren zunächst gegen eine Stärkung der Volksbanken und wollten die vollständige Übernahme verhindern. Nach langwierigen Verhandlungen konnte der Vorstand der ÖVAG Mitte Juli 2005 die Verkaufsverhandlungen erfolgreich abschließen. Zum Preis von 141,00 Euro je Aktie erwarb die ÖVAG weitere 51,57% oder 3,265.570 Aktien der Investkredit von der Raiffeisen Zentralbank Österreich AG. Dem

Verkauf vorausgegangen war zunächst der Verkauf der Investkredit-Anteile der BA-CA sowie jener der Raiffeisenlandesbank Niederösterreich an die Raiffeisen Zentralbank. Der Preis von 141,00 Euro je Aktie lag deutlich über dem Angebotspreis von 123,00 Euro, weshalb ÖVAG mitteilte, dass der Nachzahlungsfall eingetreten ist und die restlichen StreubesitzaktionärInnen mit 141 Euro je Aktie abgefunden werden.

ÖVAG schließt Übernahme ab und verfügt über alle Aktien der Investkredit

Im Rahmen einer nicht verhältnismäßigen Spaltung iSv § 8 SpaltG hat die Österreichische Volksbanken AG den verbliebenen Streubesitz abgespalten und den AktionärInnen ebenfalls ein Barabfindungsangebot zu 141 Euro je Aktie unterbreitet. Die ÖVAG hat sich für den Fall der gerichtlichen Überprüfung der Barabfindung verpflichtet, die *erga omnes* Wirkung der gerichtlichen Entscheidung auch auf jene AktionärInnen der Investkredit auszudehnen, denen gemäß Spaltungsbeschluss Aktien an der neuen Gesellschaft zugeteilt werden. Die Investkredit ist nun eine 100%ige Tochtergesellschaft der ÖVAG.

6.4.2 Bank Austria Creditanstalt AG – UniCredito Italiano S.p.A.

Nachdem Österreichs größtes Bankinstitut, die Bank Austria Creditanstalt AG (BA-CA), im Jahr 2000 von der deutschen Hypo Vereinsbank (HVB) übernommen worden war, wechselte die BA-CA im Jahr 2005 abermals ihre Besitzerin. Mit der Übernahme der HVB durch die italienische UniCredito Italiano S.p.A (UniCredit) im Jahr 2005 erlangte UniCredit aufgrund der 77,5%igen Beteiligung der HVB an BA-CA mittelbar auch die Kontrolle über die BA-CA. Den StreubesitzaktionärInnen der BA-CA, die seit 2003 wieder an der Wiener Börse notiert, war daher ein Pflichtangebot nach dem Übernahmegesetz zu legen. Aufgrund des Umstandes, dass ein Pflichtangebot von UniCredit erst nach erfolgreicher Übernahme der HVB ausgelöst würde, hat UniCredit durch ein freiwilliges Übernahmeangebot an den Streubesitz das Pflichtangebot vorweggenommen. Seit Ende November 2005 hält UniCredit (direkt und mittelbar über HVB) knapp 95% der Aktien an der BA-CA. Nachfolgend werden lediglich einige Eckpunkte des Übernahmeverfahrens dargestellt²³¹.

Eckdaten zum Zusammenschluss UniCredit / HVB (Bank Austria)

Der mittlerweile von der EU-Kommission genehmigte Zusammenschluss von UniCredit und HVB (Bank Austria) stellt die größte grenzüberschreitende Bankenfusion in der europäischen Geschichte dar. Ein wesentliches Motiv für das Interesse der italienischen Großbank an der HVB war jedenfalls die starke Marktposition der HVB-Tochtergesellschaft BA-CA in Zentral- und Osteuropa. Die Transaktion, die im Wesentlichen über ein Aktientauschangebot (neue UniCredit-Aktien für HVB-Aktien) abgewickelt wurde, hat einen Wert von mehr als 15 Mrd Euro. Mit über 28 Mio KundInnen, 140.000 Beschäftigten, 7.000 Geschäftsstellen in 19 Ländern, einer Bilanzsumme von 733 Mrd Euro und einer Marktkapitalisierung von 41 Mrd Euro gehört das neue Institut zu den zehn größten Kreditinstituten Europas. Neben Wachstumsperspektiven in Zentral- und Osteuropa werden vor allem die Erzielung von Synergieeffekten als Gründe für den Zusammenschluss angeführt. So gehen UniCredit und HVB davon aus, dass der Zusammenschluss mit der HVB und der BA-CA zu Synergien vor Steuern in Höhe von 985 Mio Euro pro Jahr führen wird, die vollständig ab dem Jahr 2008 realisiert werden können. Diese sollen zu einem Großteil durch die Streichung von mehr als 9.000 Stellen erreicht werden²³².

Die BA-CA ist innerhalb der HVB-Gruppe das wertvollste Tochterunternehmen. Mit einer Bilanzsumme von 156 Mrd Euro und 20% Marktanteil ist das Unternehmen Marktführer in Österreich. 1,8 Mio PrivatkundInnen sowie 81% der heimischen Großunternehmen und rund 64% der Klein- und Mittelbetriebe zählen nach veröffentlichten Unternehmensinformationen zu den KundInnen der BA-CA. In Österreich betreibt das Kreditinstitut 400 Geschäftsstellen und beschäftigt rund 10.100 MitarbeiterInnen. Die BA-CA ist innerhalb der HVB-Gruppe für die Wachstumsregion Zentral- und Osteuropa verantwortlich und zählt hier zu den führenden Banken. In Zentral- und Osteuropa ist die BA-CA in elf Ländern mit mehr als 1.000 Niederlassungen tätig. In dieser Region betreut sie mit 21.000 Mitarbeitern mehr als 5,4 Mio KundInnen.²³³

²³¹ Ausführliche Informationen finden sich auf der Homepage der Übernahmekommission. www.takeover.at.

²³² *Investors relations release* vom 12. Juni 2005, www.hvbgroup.com, heruntergeladen am 28. Februar 2006; 15 Milliarden Euro und 9.000 Arbeitsplätze, in: Die Zeit, 13. Juni 2005, www.zeit.de/2005/24/UniCredit, heruntergeladen am 27. Februar 2006.

²³³ Veröffentlichte Unternehmensinformationen der BA-CA, www.ba-ca.com/de/1880.html, heruntergeladen am 27. Februar 2006.

Preisfestsetzung für das Pflichtangebot an die BA-CA-AktionärInnen

Die mittelbare Übernahme der BA-CA durch die UniCredit hat zur Folge, dass nicht die AktionärInnen der BA-CA sondern jene der HVB darüber entscheiden, ob UniCredit neuer kontrollierende Aktionärin bei der BA-CA wird. Das Freiwillige Übernahmeangebot, das am 26. August 2005 veröffentlicht wurde, stand daher unter der Bedingung, dass zumindest 65% der HVB-Aktien das Angebot der UniCredit annehmen. Nach österreichischem Übernahmerecht hat bei einem Kontrollwechsel der/die BieterIn verpflichtend ein Barangebot zu unterbreiten und kann alternativ hierzu ein Tauschangebot anbieten. Dieses kann auch attraktiver als das Barangebot sein (§ 26 ÜbG). Die österreichische Übernahmekommission hat sich daher intensiv mit der Frage der erforderlichen gesetzlichen Mindesthöhe für das Barangebot an die AktionärInnen der BA-CA beschäftigt, weil vom angebotenen Kaufpreis für die HVB letztlich der Preis für das Barangebot der BA-CA abzuleiten war (§ 26 Abs 3 ÜbG). Der von UniCredit angebotene Kaufpreis belief sich letztlich auf 79,60 Euro und lag damit höher als der durchschnittliche Börsenkurs der Aktien während der letzten sechs Monate vor dem 12. Juni 2005 (Bekanntgabe der Übernahmeabsicht), welcher 71,34 Euro betrug. Alternativ zum Barangebot hat die UniCredit den BA-CA-AktionärInnen ein Tauschangebot unterbreitet, das für je eine BA-CA-Aktie 19,92 neue UniCredit-Stammaktien vorsah. Der Kurswert der UniCredit-Aktie betrug zum Zeitpunkt der Stellungnahme des Vorstands der BA-CA (5. September 2005) zum Übernahmeangebot 4,655 Euro, wodurch sich multipliziert mit dem Tauschverhältnis von 19,92 ein Betrag von 92,7276 errechnete. Außerdem lag der aktuelle Börsenkurs der BA-CA-Aktie zum Zeitpunkt der Stellungnahme des Vorstands bei 92,28 Euro und damit deutlich über dem Barangebotspreis. Der Vorstand der BA-CA kommt in seiner Stellungnahme nicht unerwartet zum Ergebnis, dass der Barangebotspreis im Einklang mit den gesetzlichen Erfordernissen steht.

Bewertung der zukünftigen Geschäftspolitik durch den Vorstand der BA-CA

Mit dem Zusammenschluss verfolgt UniCredit das Ziel im europäischen Bankgeschäft eine führende Rolle zu übernehmen, einerseits durch Marktführerschaft auf wichtigen Heimmärkten (Italien, Deutschland, Österreich), andererseits durch eine starke Marktposition in Zentral- und Osteuropa. Weitere strategische Ziele sind: Optimierung und Konsolidierung regionaler Unternehmenseinheiten und Geschäftsaktivitäten, Ausnutzung von Größenvorteilen, Maximierung von Ertrags- und Kostensynergien, Umsetzung eines vollständig divisionalisierten Geschäftsmodells.

Für die BA-CA ist laut Angebot eine divisionale Struktur vorgesehen. Das Zentral- und Osteuropa-Geschäft von BA-CA und Unicredit soll laut Angebotsunterlage unter einer in Wien angesiedelten Zwischenholding zusammengefasst werden, wenngleich diesbezüglich die endgültige Entscheidung noch offen ist. Der Vorstand der BA-CA (Zielgesellschaft) verweist in diesem Zusammenhang auf die im Rahmen des Zusammenschlusses mit der HVB abgeschlossene Grundsatzvereinbarung sowie dem Bank der Regionen-Vertrag vom 22. Juli 2000. Demnach soll die BA-CA eine Universalbank und selbst die Leitgesellschaft für die Zentral- und Osteuropa-Aktivitäten sein. Dies ist auch von besonderem öffentlichen Interesse und als solches über die Rechte der im Besitz der Gemeinde Wien befindlichen Anteilsverwaltung-Zentralsparkasse (AVZ) als Namensaktionärin sowie dem von der AVZ mit der HVB abgeschlossenen Syndikatsvertrag dokumentiert.

Hinsichtlich der Auswirkungen der Übernahme auf die ArbeitnehmerInnen der BA-CA-Gruppe sind die Aussagen des Vorstands äußerst vage. Es wird lediglich ausgeführt, dass es „Beschäftigungseffekte“ geben wird und dass das Ziel der UniCredit, nicht mehr als für den Geschäftserfolg notwendige MitarbeiterInnen zu haben, im Einklang mit den Personalstandszielen der BA-CA stehe. Aufgrund der sehr dürtigen Aussagen des Vorstands ist mittelfristig mit bedeutenden Arbeitsplatzverlusten zu rechnen, zumal die Realisierung der gewünschten Kosten- und Ertragssynergien im Wesentlichen über Einsparungen im Personalbereich erfolgen soll.

Schwerpunktmäßig hat sich der Vorstand der Zielgesellschaft in seiner Stellungnahme mit den finanziellen Bedingungen des Angebots auseinandergesetzt und hier insbesondere die Vor- bzw Nachteile von Tausch- und Barangebot bzw bei Behalten der BA-CA-Aktien angeführt. Aufgrund des Umstandes, dass zum Zeitpunkt der Stellung des Übernahmeangebots wesentliche Festlegungen betreffend künftige Struktur, Integra-

tionsauswirkungen und Geschäftspolitik der UniCredit-Gruppe noch offen sind und dem Vorstand der Zielgesellschaft auch die für eine vernünftige Bewertung des Zukunftspotenzials notwendigen Informationen fehlen, wird keine abschließende Empfehlung abgegeben das Angebot anzunehmen oder abzulehnen.

Abschließend hält der Vorstand der Zielgesellschaft dennoch fest, dass die BA-CA auch innerhalb der UniCredit-Gruppe eine wichtige Stellung einnehmen wird und der Zusammenschluss trotz aller prognoseimmanenten Unsicherheiten interessante Entwicklungsmöglichkeiten eröffnet. Leider hat der Aufsichtsrat der BA-CA keine Äußerung zum Übernahmeangebot abgegeben.

Ergebnis des BA-CA-Angebots

Am 24. November 2005 veröffentlichte UniCredit das Ergebnis des Freiwilligen Öffentlichen Übernahmeangebots an die Streubesitz-AktionärInnen der BA-CA. Nach Ablauf der Nachfrist wurde das BA-CA-Angebot von 77,7% des Streubesitzes, das entspricht 17,46% am gesamten Grundkapital, angenommen. InhaberInnen von nur 0,3% der Streubesitz-Aktien haben das Barangebot angenommen, was angesichts der dargestellten Wertdifferenzen zwischen Tausch- und Barangebot nicht überraschend war. Gemeinsam mit den von der HVB gehaltenen BA-CA-Aktien verfügt die UniCredit nach erfolgreichem Übernahmeangebot über rund 95% am gesamten Grundkapital der BA-CA. Nachdem am 30. November 2005 der Verwaltungsrat der UniCredit nach Vorliegen sämtlicher Bedingungen die Freigabe der angebotenen Aktien beschlossen hatte, wurde im Dezember 2005 das Angebot abgewickelt.

Status der Bank-Austria im UniCredit-Konzern entschieden

Obwohl in der Angebotsunterlage der UniCredit zum Übernahmeangebot an die BA-CA-AktionärInnen noch von einer Konzentration des gesamten Osteuropageschäfts bei der BA-CA die Rede ist, zeigen die jüngsten Entwicklungen ein anderes Bild. Nach monatelangen Verhandlungen der UniCredit mit der AVZ-Stiftung und dem BA-CA-Betriebsrat wurde nunmehr an Stelle des „Bank-der-Regionen-Vertrags“ eine neue Vereinbarung über den Status der BA-CA im UniCredit-Konzern abgeschlossen. Demnach wird die BA-CA zwar Osteuropa-Holding im UniCredit-Konzern, sie muss ihre ertragreiche polnische Tochtergesellschaft allerdings an UniCredit abgeben und erhält als Ausgleich hierfür neue Regionen in Osteuropa dazu. Die Investmentbanking- und Asset-Management-Aktivitäten der BA-CA werden in die italienische Mutter eingegliedert. Ab 2012 ist eine Abspaltung des österreichischen Teils der BA-CA in eine eigene Gesellschaft möglich. Die AVZ-Stiftung und der BA-CA Betriebsrat wehrten sich mit dem Verweis auf den „Bank-der-Regionen-Vertrag“ gegen die geplante Umstrukturierung, mussten letztlich aber die neuen Machtverhältnisse – UniCredit hält 95% am Grundkapital der BA-CA – zur Kenntnis nehmen. Das Schicksal der BA-CA nach 2011 ist noch offen, es ist aber zu erwarten, dass UniCredit Anfang 2012 eine Abspaltung des Osteuropa-Geschäftes von der BA-CA vornehmen wird.

6.5 Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde Strom und Gas²³⁴

Die Verhandlungen für ein Anreizregulierungssystem bei den Systemnutzungstarifen für Strom wurden abgeschlossen. Das neue Anreizregulierungssystem gilt seit 1. Jänner 2006. Seit Herbst 2005 werden in Österreich ein Ökostromgesetz und die Umsetzung des zweiten Liberalisierungspaketes der EU diskutiert.

Die Branchenuntersuchungen der Bundeswettbewerbsbehörde über den österreichischen Strom- und Gasmarkt spielten auch in der Arbeit der Regulierungsbehörde eine große Rolle, da dort deren Grundsätze festgelegt wurden.

Ditmar Wenty

6.5.1 Allgemeines

2005 wurden die Verhandlungen zu einem langfristigen Regulierungssystem zur Bestimmung der Strom-Systemnutzungstarife abgeschlossen. Dieses Anreizregulierungssystem ersetzt ab 1. Jänner 2006 die übli-

²³⁴ Der Artikel lehnt sich stark an den offiziellen Tätigkeitsbericht der E-Control an.

chen jährlichen Tarifprüfungsverfahren und garantiert eine gerechte Tarifentwicklung. Mit diesem System werden die Netztarife in Österreich weiter an das internationale Niveau herangeführt und gleichzeitig die Netzbetreiber für Produktivitätsfortschritte belohnt. Für die Branche bedeutet dies Berechenbarkeit der Tarife und Investitionssicherheit insbesondere hinsichtlich des Netzausbaues.

Im Herbst wurde ein Ökostromgesetzesentwurf im Parlament eingebracht, der die langfristige Finanzierung sichern soll und der E-Control-Kommission die Befugnis zur Bestimmung der Fördertarife überträgt.

Auf europäischer Ebene wurde die Umsetzung des zweiten Liberalisierungspaketes fortgesetzt.

Die Energiepreiserhöhungen, die bereits 2004 eingesetzt hatten, setzten sich auch 2005 fort.

6.5.2 Regulierung auf europäischer Ebene

2005 wurde das zweite Liberalisierungspaket durch die Verordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen (2005/1775/EG) abgeschlossen, und damit auf EU-Ebene die rechtlichen Voraussetzungen für einen funktionierenden Binnenmarkt bei Strom und Gas geschaffen. Als Begleitmaßnahme führte die Kommission zwei Marktuntersuchungen durch, die erwartungsgemäß zeigten, dass der Markt weiterhin Unzulänglichkeiten aufweist. Die Märkte weisen starke Konzentrationen auf, das *Unbundling* ist noch nicht voll entwickelt und zahlreiche Langfristverträge behindern den Wettbewerb.

Zur Beschleunigung des Marktöffnungsprozesses wird von der Kommission und den Europäischen Regulatoren derzeit ein „Regionaler Ansatz“ diskutiert – dieses Konzept will die Marktkonzentration dadurch verringern, dass die weitgehend nationalen Märkte (über-)regional zusammengeführt werden. Dadurch soll sich der bestimmende Einfluss der großen Unternehmen auf die Preisbildung verringern. In Fallstudien sollen dazu Konzepte ausgearbeitet werden, wie regionale Märkte implementiert werden können.

Benchmarking Report und Sector Inquiry der EU-Kommission

Die aufgrund der EU-Richtlinien bestehenden Melde- und Berichtsverpflichtungen der europäischen Regulatoren erfolgen nun jährlich zu einem Stichtag.

Auf Basis dieser Meldungen und eigener Erhebungen der EU-Kommission wurde ein „Fortschrittsbericht“ erstellt, der gleichzeitig auch der fünfte *Benchmarking* Bericht ist. Weiters wurde im Sommer 2005 eine europaweite Branchenuntersuchung der Strom- und Gasmärkte gestartet. Deren erste Zwischenergebnisse wurden gleichzeitig mit dem *Benchmarking* vorgelegt.

6.5.3 Regulierung in Österreich

Branchenuntersuchung österreichischer Strommarkt

Vor dem Hintergrund der ab Herbst 2004 erfolgten Strompreiserhöhungen leitete die Bundeswettbewerbsbehörde auf Anregung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit im September 2004 eine allgemeine Untersuchung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft gemäß § 2 Abs 1 Z 3 des Wettbewerbsgesetzes ein. Diese erfolgt in intensiver Kooperation mit der E-Control unter Einbindung des Bundeskartellanwalts.

Verlauf der Untersuchung

Zu Beginn der Untersuchung stand eine schriftliche Befragung von 800 Marktteilnehmern. In einer umfangreichen Frageliste wurden sowohl Industrie- als auch Gewerbekunden zu ihren Erfahrungen beim Lieferantenwechsel sowie zur Strompreisentwicklung befragt. Die Gewerbekunden wurden zusätzlich um Angaben über die Vertragsbedingungen der Elektrizitätsunternehmen (Bindungsfristen, Verwendung von *All-Inclusive*-Verträgen) gebeten.

40 Elektrizitätsunternehmen wurden ebenfalls, getrennt nach ihrer Funktion entlang der Wertschöpfungskette, befragt. Inländische und ausländische Endkundenlieferanten ohne eigene Netze wurden allgemein zu

ihrer Tätigkeit am österreichischen Markt sowie zu den Hindernissen beim Eintritt am österreichischen Endkundenmarkt befragt.

Die Rückläufe brachten zwar nicht den gewünschten Detaillierungsgrad, jedoch standen die notwendigen Angaben für den Zweck der Marktabgrenzung und der Feststellung der Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung zur Verfügung.

Untersuchungsergebnisse und Schlussfolgerungen

Die Auswertung der Kundenbefragungen bestätigten einen Preisanstieg bei allen Kundengruppen sowie die praktisch durchgängige Bezugnahme der Lieferanten auf Börsennotierungen bei Preiserhöhungen. Zudem lieferten die Angaben der Kunden erste Hinweise für eine Abgrenzung der Endkundenmärkte, die weiterhin vorwiegend national und möglicherweise bei Kleinkunden sogar nur regional ist. Dies führte bei Kleinkunden zu Preisdifferenzen von bis zu 30% gegenüber dem günstigsten Anbieter. Die Ergebnisse wurden im Rahmen eines Zwischenberichts Anfang Dezember 2004 publiziert.

Die zweite Phase der Branchenuntersuchung konzentrierte sich auf die Marktabgrenzung der Endkundenmärkte und auf die Feststellung der Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf Basis der Angaben der österreichischen Elektrizitätsunternehmen²³⁵.

Weitere Vorgangsweise

Im Rahmen der Branchenuntersuchung wurde analysiert, welche Verhalten unter diesen Aspekten als missbräuchlich zu qualifizieren sind. Die betrifft insbesondere die Gestaltung der Verträge, wobei in Österreich im Einzelnen das Verwenden

- intransparenter *All-Inclusive* Preise,
- unangemessener Bindungsfristen,
- bestimmter Rabattsysteme (Treuerabatte) und
- von Bündelungs- und Koppelungsgeschäfte (*Multi-Utility* Angebote)

kritisch zu sehen ist. Die Einhaltung besonderer Verpflichtungen wird einzelfallbezogen geprüft.

Derzeit werden im Zusammenwirken der Behörden mit den Unternehmen des Elektrizitätssektors Maßnahmen zur Wettbewerbsbelebung erarbeitet, zu deren Einhaltung sich die Elektrizitätsunternehmen künftig verpflichten sollen. Deren Einhaltung und Auswirkungen auf den Wettbewerb sollen durch ein Monitoring-Verfahren überwacht werden.

Branchenuntersuchung österreichischer Gasmarkt

Im November 2004 hat die Bundeswettbewerbsbehörde zu der bereits laufenden Untersuchung des Elektrizitätssektors auch eine allgemeine Untersuchung der österreichischen Erdgaswirtschaft eingeleitet.

Im Rahmen der Untersuchung wurden in der Folge ca 520 Fragebögen unter der Mitarbeit der Energie-Control GmbH versandt. Erhebungszeitraum waren die Jahre 2003 und 2004. Kundenseitig wurden analog zum Elektrizitätssektor insgesamt knapp 450 Industrie- und Gewerbekunden zu ihren Vertragsbedingungen und Erfahrungen beim Lieferantenwechsel sowie zur Gaspreisentwicklung schriftlich befragt.

Schwierigkeiten bereitete den Endkunden vielfach die Angabe eines reinen Energiepreises, weil dessen Berechnung bei *All-Inclusive*-Preisen nicht möglich war.

Befragt wurden Gasunternehmen nach den Handelsstufen entlang der Wertschöpfungskette²³⁶. Produzenten und Speicherbetreiber waren von der Befragung ausgenommen. Netzbetreiber wurden ausschließlich nach

²³⁵ Die beiden ersten Zwischenberichte wurden auf der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde (www.bwb.gv.at) publiziert.

den Wechselquoten befragt. Gashändler²³⁷ und -lieferanten²³⁸ wurden um Angaben zu ihrer Bezugsseite, ihrer Absatzseite in sachlicher und räumlicher Hinsicht sowie dabei verwendete Vertragsbedingungen er- sucht. Es wurden auch (neue) Gashändler mit Firmensitz in Österreich befragt.

Erste Ergebnisse wurden im September 2005 im ersten Zwischenbericht der Branchenuntersuchung veröf- fentlicht.

Untersuchungsergebnisse und Schlussfolgerungen

Schwerpunkt des ersten Zwischenberichts war die Feststellung der sachlichen und räumlichen Marktgrenzen im österreichischen Gasmarkt als Voraussetzung für die Analyse der Wettbewerbsintensität. Anhand eines Bedarfsmarktkonzeptes wurden verschiedene Märkte definiert:

- Gasgroßhandel, der auf internationaler Ebene stattfindet
- Zwischenhandel (Belieferung großer Weiterverteiler und Zwischenhändler)
- Belieferung lokaler Weiterverteiler
- Belieferung von Großkunden (ab 500.000 m³ Jahresverbrauch)
- Belieferung von Kleinkunden (bis 500.000 m³ Jahresverbrauch)

Zudem wurden zwei weitere Märkte abgegrenzt, deren Zugang für die Belieferung von Endkunden wesent- lich ist:

- Speichermarkt
- Ausgleichsenergiemarkt

Nach der Marktabgrenzung wurde festgestellt, welche Marktmacht die Unternehmen in diesen Märkten ha- ben. Ergebnis ist, dass die OMV Gas GmbH und ihr Tochterunternehmen EconGas GmbH in fast allen Märk- ten, in denen sie Produkte anbieten, eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Im Kleinkundensegment haben die etablierten Gasversorger (*Local Player*) ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung, da die jewei- ligen Netze (ehemalige Versorgungsgebiete) der *Local Player* noch nicht als verbundener regelzonenweiter Markt angesehen werden können.

Dagegen ist im Großkundensegment Wettbewerbsdruck von zusätzlichen Anbietern erkennbar, daher ist dieser Markt regelzonenweit zu sehen.

In einem abschließenden Bericht sollen noch folgende Punkte aus wettbewerblicher Sicht untersucht wer- den:

- Langfristige Verträge als Markteintrittsbarriere,
- Zugang zu Gasbeschaffungsmärkten,
- Zugang zu Transportkapazitäten,
- Wettbewerbsbehinderung durch etablierte Gasversorger.

²³⁶ Dabei haben einige Gasunternehmen mehrere Fragebögen erhalten, wenn sie auf mehreren Handelsstufen und als Netzbetreiber tätig sind.

²³⁷ Erdgashändler sind nach GWG II natürliche oder juristische Personen, die Erdgas kaufen oder verkaufen, ohne innerhalb oder au- ßerhalb eines Netzes, in dem sie eingerichtet sind, eine Fernleitungs- oder Verteilerfunktion wahrzunehmen. (GWG II, § 6 Begriffsbe- stimmungen, Punkt 10)

²³⁸ Erdgaslieferanten sind nach GWG II natürliche oder juristische Personen, die Erdgas an Wiederverkäufer oder Endverbraucher liefern (GWG II, § 6 Begriffsbestimmungen, Punkt 12).

Langfristige Verträge als Markteintrittsbarriere

Bei der langfristigen Belieferung der Landesferngasgesellschaften hat die OMV Gas GmbH in der Regelzone Ost eine marktbeherrschende Stellung. Diese führt in Verbindung mit den üblichen langen Laufzeiten der *Take-or-Pay* Verträge von bis zu 20 Jahren zur Verfestigung der Marktstruktur.

Langfristige Lieferverträge, die größtenteils aus Versorgungssicherungsgründen vor der Zeit vor der Liberalisierung abgeschlossen wurden, sind in ganz Europa anzutreffen. Sie bilden daher auch einen Schwerpunkt der derzeitigen Untersuchung der Energiemärkte durch die Europäische Kommission. Langfristige Verträge wurden in Deutschland bereits als wettbewerbshemmend und marktabschottend beurteilt und führten zu Verfahren gegen 15 Ferngasunternehmen. Daher wird auch eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der langfristigen Verträge im Rahmen des Endberichtes vorgenommen werden.

Zugang zu Gasbeschaffungsmärkten

Neben der langfristigen Belieferung von Gashändlern findet, wenn auch in deutlich geringerem Umfang, kurzfristiger Gashandel, zB im Sommer statt. Da dieser nicht organisiert ist, können nicht alle Marktteilnehmer die Möglichkeiten dieses Marktes in größerem Umfang nutzen.

Die Rahmenbedingungen für den kurzfristigen Gashandel sollte ein so genannter (Gashandels-)Hub bieten. Über einen derartigen Hub sollten kurzfristig Gasmengen versteigert werden (*Gas Release Program*). Ein derartiges Gas Release Programm wird über die *Central European Gas Hub* GmbH (CEGH), eine 100%-Tochter der OMV Gas GmbH, über Baumgarten abgewickelt, allerdings nur das Gas Release Programm der EconGas GmbH. Die Entwicklung eines darüber hinausgehenden liquiden Hubs in Baumgarten schreitet nur äußerst zögerlich voran. Weitere Maßnahmen zur Unterstützung der Entwicklung eines liquiden kurzfristigen Handelsmarktes sind daher in einem Endbericht zu untersuchen.

6.5.4 Die Tätigkeit der E-Control-Kommission – Strombereich

Anreizregulierung²³⁹

2005 wurde ein zweiter Anlauf zur Umstellung von einem kosten- auf ein anreizbasiertes Regulierungssystem unternommen und erfolgreich abgeschlossen.

Dies erfolgte vor dem Hintergrund höchstrichterlicher Entscheidungen, aber auch aufgrund des Wunsches der regulierten Unternehmen nach erhöhter Planungssicherheit. Das neue Anreizregulierungssystem ersetzt die jährlich stattfindenden Tarifprüfungsverfahren durch eine vierjährige Regulierungsperiode, während der die Tarifentwicklung einem *ex ante* festgelegten Automatismus folgt.

Da die Anreizregulierung ein völlig neues Preisbestimmungssystem darstellt, welches über mehrere Jahre zum Teil sehr kontroversiell diskutiert wurde, soll dieses System etwas genauer dargestellt werden.

Chronologie des Projektes „Anreizregulierung“

Durch das Projekt „Neue Netztarife“ (April 2002 – Oktober 2003) wurde ein erster Versuch zur Umstellung von einem kosten- auf ein anreizbasiertes Regulierungssystem unternommen, konnte jedoch damals noch nicht umgesetzt werden.

Während des Tarifprüfungsverfahrens zur Novelle 2005 der SNT-VO 2003 trat der Verband der Elektrizitätsunternehmen Österreichs (VEÖ) neuerlich mit einem Diskussionsvorschlag für ein Regulierungsmodell an die Behörde heran, worauf ein Dialog aufgenommen wurde.

²³⁹ Eine detaillierte Darstellung der Anreizregulierung findet sich in den Erläuterungen zur Systemnutzungstarife-VO 2006 (www.e-control.at).

Diese Gespräche mündeten in einem konkreten Regulierungsmodellvorschlag für die Einführung eines Anreizregulierungssystems, der am 12. Juli 2005 vom VEÖ mit großer Mehrheit bestätigt wurde.

Mitte September wurde die SNT-VO 2006 samt Erläuterungen, welche eine genaue Beschreibung des neuen Anreizregulierungssystems enthält, ausgesandt und im Dezember nach Abschluss des Begutachtungsverfahrens von der ECK beschlossen und trat mit 1. Jänner 2006 in Kraft.

Regulierungsziele und Ziel der Regulierung

Ein langfristig stabiles Regulierungssystem für ein natürliches Monopol muss mehrere –zum Teil einander widerstreitende – Bedingungen erfüllen:

- Förderung effizienten Verhaltens der regulierten Unternehmen im Sinne eines volkswirtschaftlichen Optimums
- Schutz der KonsumentInnen
- Sicherstellung der wirtschaftlichen Geschäftsgrundlage und Planungssicherheit der regulierten Unternehmen
- Versorgungsqualität
- ausgewogene Behandlung der regulierten Unternehmen
- Minimierung der direkten Regulierungskosten
- Transparenz des Systems
- Sicherstellung der allgemeinen Akzeptanz und Stabilität des Regulierungssystems durch alle betroffenen Interessengruppen (KundInnen, ArbeitnehmerInnen, Eigentümer etc.).

Ziel der Regulierung ist es, unter Einbeziehung aller Beteiligten (Unternehmen, Eigentümer, Konsumentenvertreter, etc) eine Balance zwischen den Regulierungszielen herzustellen, so dass während der gesamten Regulierungsperiode der Grundsatz der politischen Akzeptanz und Stabilität gewahrt bleibt.

Ausgangsbasis für die Anreizregulierung

Durch ein anreizbasiertes Regulierungssystem werden die Kosten während der Regulierungsperiode von den Erlösen entkoppelt. Bevor jedoch ein *ex ante* festgelegter Pfad für die Erlösentwicklung bestimmt wird, muss ein Startwert definiert werden.

Als Basis für die Startkosten wurden die verfügbaren geprüften Kosten des Tarifprüfungsverfahrens der SNT-VO Novelle 2005, ergänzt um einige Korrekturen, verwendet.

Bei der Berechnung des Finanzierungskostensatzes wurden die Veränderungen des risikolosen Zinssatzes durch einen 3-Jahres-Durchschnittswert ermittelt. Weiters wurde eine Kostenaktualisierung für den Zeitraum vom Bilanzstichtag des Referenzjahres bis 31. Dezember 2005 vorgenommen, um zwei gegenläufige Effekte in diesem Zeitraum abzubilden: exogene nicht beeinflussbare Kostenerhöhungen und Produktivitätsverbesserungen. Erstere wurden durch die Änderung eines Netzbetreiberpreisindex erfasst und zweitere durch einen Produktivitätsabschlag.

Inhaltliche Ausgestaltung der Anreizregulierung

Das neue Anreizregulierungssystem berücksichtigt die generelle Branchenentwicklung, individuelle Unternehmensentwicklung, unternehmensindividuelle Mengenentwicklung und die nicht beeinflussbare Kostenentwicklung für die Unternehmen durch folgende Faktoren:

- *Frontier Shift* von 1,95%
- effizienzabhängige Abschläge von maximal 3,5%
- erlösgewichtetes Mengenwachstum

- Veränderung des Netzbetreiberpreisindex

Die Dauer der ersten Regulierungsperiode wird mit vier Jahren festgelegt. Danach erfolgt eine zweite Regulierungsperiode.

Frontier Shift

Durch den *Frontier Shift* wird abgebildet, dass selbst ein effizientes Unternehmen noch in der Lage ist, Produktivitätsverbesserungen vorzunehmen. Internationale Studien weisen für den *Frontier Shift* eine Bandbreite von +1,3% bis +3,9% aus.

Der *Frontier Shift* wurde für die erste Regulierungsperiode mit 1,5% festgelegt. Zu den 1,5% kommen aber noch 0,45% hinzu, welche den Entfall eines geplanten Renditenkorridors kompensieren. Dieser hätte innerhalb einer gewissen Bandbreite entweder eine Gewinnabschöpfung oder einen Preisantrag ausgelöst. Im Gegenzug verpflichten sich die Unternehmen *ex ante* einen größeren Anteil an Kosteneinsparungen mit den Endverbrauchern zu teilen. Der um den Renditenkorridor bereinigte *Frontier Shift* liegt somit bei 1,95% (1,5% + 0,45%). Für ein effizientes Unternehmen bedeutet dies, dass die Kosten pro Jahr um 1,95% reduziert werden müssen.

Effizienzbedingte Abschlüsse

Die E-Control hat sich wegen der Unterschiedlichkeit der Unternehmen für die Verwendung von unternehmensindividuellen effizienzbedingten Abschlüssen entschieden. Solche Abschlüsse kommen beispielsweise auch in England/Wales, Norwegen und den Niederlanden zur Anwendung.

Die E-Control suchte bei der Bestimmung der individuellen Zielvorgaben eine Balance zwischen der Sicherstellung der finanziellen Überlebensfähigkeit der Unternehmen und dem Schutz der Endverbraucher. Die Vorschreibung zu rascher Kostensenkungen kann im Extremfall den Konkurs eines Unternehmens bewirken, wenn die Kosten kurzfristig nur beschränkt reduziert werden können. Gleichzeitig muss jedoch sichergestellt werden, dass der Endverbraucher nicht über einen zu langen Zeitraum zu hohe Tarife bezahlen muss.

Dazu wurde ein *Benchmarksystem* entwickelt, um die Effizienzwerte der einzelnen Unternehmen vergleichen und festlegen zu können. Dieses System wurde nach längerer Diskussion letztendlich von der Branche akzeptiert. Dabei werden die effizientesten Unternehmen mit 100% bewertet, das ineffizienteste mit 74,76%.

Die E-Control sieht für die Erreichung der Effizienzgrenze durch ein ineffizientes Unternehmen einen Zeitraum von acht Jahren vor. Zur Vermeidung von wirtschaftlich nicht verkraftbaren Abschlüssen wird der maximale effizienzbedingte Abschlag jedoch mit 3,5% begrenzt. Hierzu wird die Untergrenze für die Effizienzwerte mit 74,76% festgelegt (womit auch für Unternehmen mit geringeren Effizienzwerten ein Effizienzwert von 74,76% angenommen wird).

Kostenanpassungsfaktor

Der jährliche Kostenanpassungsfaktor hat zwei Aufgaben. Durch ihn sollen einerseits der *Frontier Shift*, welcher für alle Unternehmen gilt, und andererseits der Aufholprozess eines ineffizienten Unternehmens hin zur Effizienzgrenze abgebildet werden. Formal werden im Kostenanpassungsfaktor der *Frontier Shift* (1,95%) und der effizienzbedingte Abschlag (max. 3,5%) zusammengeführt, wodurch sich eine Bandbreite für den Kostenanpassungsfaktor von 1,95% bis 5,45% ergibt.

Für jedes Unternehmen wurde ein individueller Effizienzwert ermittelt. Der mögliche Nachteil dieser Variante wird durch zwei unterschiedliche *Benchmarking*-Methoden bei der Berechnung des Effizienzwertes und den Zeitraum von acht Jahren zur Erreichung der Effizienzgrenze abgefedert.

Mengenfaktor

Die Kostenstruktur von Stromverteilnetzbetreibern zeichnet sich durch eine Fixkostendegression aus. Bei nicht voll ausgelasteten Kapazitäten sinken die Durchschnittskosten mit einem Anstieg der Mengen an durchgeleiteter Energie, da bis zur Kapazitätsgrenze die Grenzkosten einer zusätzlichen Einheit verteilter

Energie unter den Durchschnittskosten liegen. Erst bei Erreichen der Kapazitätsgrenze ist eine zusätzliche Investition in Kapazitäten notwendig. Erfahrungen aus vergangenen Tarifprüfungsverfahren haben gezeigt, dass es erhebliche unternehmensindividuelle Unterschiede beim Mengenwachstum gibt, weshalb sich die E-Control für eine Berücksichtigung von Mengenzuwächsen im Regulierungssystem entschied. Durch den Mengenfaktor wird die Auswirkung von Mengensteigerungen auf die Kosten abgebildet. Unterschiedliche Kosten der Netzebenen werden durch eine Gewichtung der Mengensteigerungen pro Netzebene berücksichtigt, wobei als Gewichtungsfaktoren die Erlöse pro Netzebene herangezogen werden, welche in den Folgejahren jährlich aktualisiert werden. Die erlösgewichteten Mengensteigerungen werden mit einem Faktor von 0,5 multipliziert und der sich ergebende Prozentsatz kostenerhöhend in Anschlag gebracht.

Netzbetreiberpreisindex

Zur Einhaltung des Grundsatzes der Kostenorientierung ist eine Anpassung der Kosten durch einen Inflationsindex während der Regulierungsperiode notwendig. Diese exogenen, dh vom Unternehmen nicht beeinflussbare, Kostenerhöhungen werden durch die Veränderung eines Netzbetreiberpreisindex abgebildet. Dieser Netzbetreiberpreisindex setzt sich zusammen aus:

- Tariflohnindex (Generalindex), TLI, erhoben und publiziert von Statistik Austria (die Veränderung des Tariflohnindex dient als Näherungswert für die Preisentwicklung für Personalkosten und geht mit einer Gewichtung von 40% in den Netzbetreiberpreisindex ein)
- Baupreisindex (gesamt), BPI, erhoben und publiziert von Statistik Austria (die Veränderung des Baupreisindex dient als Näherungswert für die Preisentwicklung der Kapital- und Materialkosten und geht mit einer Gewichtung von 30% ein)
- Verbraucherpreisindex, VPI, publiziert von Statistik Austria (die Veränderung des Verbraucherpreisindex dient als Näherungswert für die Entwicklung der sonstigen Kosten und geht mit einer Gewichtung von 30% ein)

Die angeführten Gewichtungen der Teilindizes orientieren sich an der durchschnittlichen, aktuellen Kostenstruktur österreichischer Netzbetreiber.

Überführung der Regulierungsparameter in Netznutzungstarife

Die ermittelten Kostenanpassungen für die Unternehmen müssen für jeden Inkrafttretens-Stichtag der Regulierungsperiode (1. Juni 2006/2007/2008/2009) in Tarife überführt werden („Tarifizierung“).

Unter Tarifizierung wird die Zusammenführung des Kosten- und Mengengerüsts zur Ermittlung der daraus resultierenden Tarife, also die Ansätze pro Tarifeinheit verstanden. Den genehmigten Kosten ist ein Mengengerüst gegenüberzustellen. Dazu werden die letzterfügbaren Istwerte verwendet.

Die Tarifizierung ist ein komplexer Vorgang, bei dem vorgelagerte Netzkosten, Ausgleichszahlungen in Netzbereichen, abgegebene Mengen, verrechnete Leistungen, Anzahl der KundInnen pro Netzebene und Tarifeinheit, verrechnete Zählerinrichtungen samt aktueller Messentgelte und Auflösungsbeträge vereinnahmter Baukostenzuschüsse zu berücksichtigen sind.

Benchmarkinganalyse

Bei der Bestimmung der Systemnutzungstarife können die Kosten eines vergleichbaren, rational geführten Unternehmens herangezogen werden. Im vorliegenden Anreizregulierungssystem wird dies im Rahmen des Kostenanpassungsfaktors, der von der unternehmensindividuellen Effizienz abhängt, umgesetzt. Zur Ermittlung der Effizienz der Unternehmen hat die Energie-Control eine *Benchmarking*-Analyse durchgeführt. Ziel der *Benchmarking*-Analyse ist zu prüfen, ob die tatsächlichen Kosten des Netzbetriebs einer rationellen Betriebsführung entsprechen. Auf diese Weise kann ermittelt werden, in welchem Verhältnis die Kosten des konkreten Unternehmens zu den Kosten eines oder mehrerer vergleichbarer, rationell geführter Unternehmen stehen. Dabei sind die Besonderheiten der einzelnen Unternehmen zu erfassen und nach den Aspekten der Auswirkungen auf die Kosten zu berücksichtigen.

Die Durchführung einer *Benchmarking*-Analyse lässt sich in mehrere Schritte gliedern:

- Festlegung des *Benchmarking*-Verfahrens
- Festlegung der Kostendaten
- Festlegung der Leistungs- und Strukturdaten
- Durchführung der Analyse
- Akzeptanz durch die Unternehmen

Bei der Entwicklung wurde in jeder Phase besonderes Augenmerk auf die Akzeptanz der Unternehmen gelegt. Beim ersten Versuch hat sich die mangelnde Akzeptanz der Unternehmen als ein wesentlicher Stolperstein erwiesen.

Auswahl der Benchmarking-Verfahren

Ein *Benchmarking*-Verfahren ist ein mathematisches Modell, das Output- und Inputmengen einzelner Unternehmen in Beziehung setzt und mit den resultierenden Produktivitätskennzahlen die Effizienz einzelner Unternehmen im Vergleich zu anderen Unternehmen einschätzt. Die Effizienz aller Unternehmen wird in Bezug auf Best-Practice Unternehmen angegeben, welches in der Regel mit 100% bewertet wird. Weniger effiziente Unternehmen erhalten geringere Werte.

Die Auswahl der *Benchmarking*-Verfahren durch die E-Control erfolgte unter der Prämisse, dass diese unterschiedliche methodische Eigenschaften aufweisen, damit sich die Vor- und Nachteile verschiedener *Benchmarking*verfahren kompensieren:

- *Data Envelopment Analysis* (DEA) (Dateneinhüllungsmethode): nicht-parametrisches/deterministisches Verfahren (*Constant>Returns-to-Scale*)
- *Modified Ordinary Least Squares* (MOLS): parametrisches/stochastisches Verfahren

Die Effizienzwerte werden durch eine Gewichtung der zwei *Benchmarking*verfahren (DEA und MOLS) ermittelt.

Nach eingehender Analyse und Diskussion wurden folgende Variablen ausgewählt:

- Kosten: Die E-Control verwendet in der *Benchmarking*-Analyse die Gesamtkosten.
- Leistungs- und Strukturparameter: Im Rahmen der Analyse tausender Modellnetze zur Identifikation von signifikanten Wirkungszusammenhängen wurden folgende Kostentreiber ermittelt: Mittelspannungshöchstlast, Niederspannungshöchstlast und transformierte flächengewichtete Netzanschlussdichten für die Hoch-, Mittel- und Niederspannung

Durchführung der Analyse

Im Juni 2005 wurden erste *Benchmarking*-Ergebnisse an die Unternehmen ausgesandt und auch dem VEÖ übermittelt, damit dessen Gutachter die verwendeten Daten überprüfen und eine Würdigung der Ergebnisse vornehmen konnten. Deren Änderungsvorschläge wurden größtenteils in die *Benchmarking*-Analyse aufgenommen.

Die so erarbeiteten *Benchmarking*-Ergebnisse wurden an die Unternehmen übermittelt und deren Einwände von der E-Control analysiert und teilweise übernommen. Aufgrund dessen ergaben sich noch marginale Änderungen.

Ökostrom

Im Jahr 2003 wurde das Unterstützungssystem für Ökostrom bundesweit vereinheitlicht. Es wurden einheitliche Einspeisetarife per Verordnung festgelegt um die im Gesetz vorgegebenen Ziele für das Jahr 2008 (4% Sonstiger Ökostrom, 9% Kleinwasserkraft) zu erreichen. Diese Verordnung enthält für (sonstige) Ökostromanlagen bestimmte zeitliche Restriktionen als Voraussetzung für den Erhalt des Einspeisetarifes. Im August

2005 wurde durch Verordnung die Inbetriebnahmefrist für Biomasseanlagen von Mitte 2006 auf Ende 2007 verlängert.

Die Abnahme und Vergütung des Ökostroms wechselte durch das Ökostromgesetz vom Netzbetreiber zum Regelzonenführer (Verbund APG, TIRAG und VKW), welcher die Funktion als Ökobilanzgruppenverantwortlicher wahrnimmt.

Finanziert wird das Fördersystem durch einen bundesweit einheitlichen Zuschlag für Endverbraucher zu den Systemnutzungstarifen sowie durch den von den Stromhändlern zu bezahlenden Verrechnungspreis von 4,5 Cent/kWh.

Die neuen gesetzlichen Grundlagen haben einen enormen Boom bei Ökostromanlagen ausgelöst. Aufgrund vorliegender Anerkennungsbescheide, welche für jede Ökostromanlage vom Landeshauptmann auszustellen sind, wird auch in den kommenden Jahren ein starker Zuwachs erwartet.

Da die Mittel für die Förderung dieser zusätzlichen Anlagen nicht ausreichen, wurde im Herbst 2005 eine Novelle zum Ökostromgesetz im Parlament ausverhandelt, die sowohl mehr Mittel ins System einbringt, als auch Restriktionen für den Fall knapper Mittel vorsieht. Die Novelle soll im Frühjahr 2006 beschlossen werden.

Systemnutzungstarife Strom

Im Jahr 2005 wurden die Systemnutzungsentgelte österreichweit um durchschnittlich 10,8% gesenkt. Als Gründe für diese Tarifsenkungen lassen sich zusammenfassen:

- Weitergabe von Senkungen bei den Übertragungsnetzbetreibern,
- Abbildung der vorgenommen Kostensenkungen der Netzbetreiber,
- kritische Prüfung von Kostenpositionen,
- Prüfung der Kostenschlüsselung zwischen Netz- und sonstigen Bereichen sowie Kostenaktualisierung durch Produktivitätsabschlag

Das Inkrafttreten der Novellen 2005 zur SNT-VO 2003 erfolgte in drei Schritten:

- 1. Februar 2005: Verbund-APG, Burgenland, Kärnten, Salzburg, Klagenfurt
- 1. April 2005: Wien, Niederösterreich, Tirol, Innsbruck, Vorarlberg
- 1. Juni 2005: Steiermark, Oberösterreich, Linz, Graz, Kleinwalsertal

Gleichzeitig wurde 2005 der Regulierungsregimewechsel von einem kosten- auf ein anreizbasiertes Regulierungssystem erfolgreich abgeschlossen.

Grenzüberschreitende Lieferungen

Im Jahr 2002 wurde ein länderübergreifendes gemeinsames System zur Kompensation von Transitzkosten im Übertragungsnetz mit dem Ziel, die Vielzahl an bestehenden Regelungen für Import-, Export- oder Transitgebühren innerhalb der Europäischen Union durch ein einheitliches System zu ersetzen, ins Leben gerufen. Das System basiert derzeit auf temporären, bilateralen Verträgen zwischen den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern. Die wesentlichen Komponenten sind dabei die Ermittlung des Anteils an Transiten im Übertragungsnetz sowie der Höhe der damit verbundenen Kosten und die Aufteilung dieser Kosten unter den Mitgliedern. Es wurden aber jährlich Anpassungen vorgenommen und die Zahl der teilnehmenden Länder ist stetig angestiegen. Die für den Markt bedeutendste Änderung war die Abschaffung der Exportgebühren für Stromhändler im Jahr 2004.

Die im Juni 2004 in Kraft getretene Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (VO 1228/2003) schafft die gesetzliche Grundlage für ein langfristiges System innerhalb der EU Mitgliedstaaten. Die Leitlinien mit Details sind derzeit aber noch ausständig.

Überwachungs- und Aufsichtsfunktionen im Strombereich

Überwachung Unbundling

Die Überwachung des *Unbundling* fällt gemäß Energie-Regulierungsbehördengesetz in die Zuständigkeit der E-Control. Die EIWOG-Novelle 2004 übertrug diese Funktion den Ländern, indem die Einhaltung der *Unbundling*-Bestimmungen der neuen Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von den Landesregierungen als Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession für den Netzbetrieb zu prüfen sind. Dies wird eine laufende Überwachung der Einhaltung der *Unbundling*-Bestimmungen durch die Regulierungsbehörde jedoch nicht vollkommen ersetzen.

Aufsicht Regelzonenführer

Die Umsetzung der Anforderungen aus Verordnung 1228/2003 über grenzüberschreitenden Stromhandel bildete auch 2005 einen Schwerpunkt in der Aufsichtsfunktion über die Regelzonenführer.

Durch den nach wie vor bestehenden innerösterreichischen Nord-Süd Engpass sind zur Aufrechterhaltung der Netzsicherheit und zur Sicherstellung der Versorgung Südösterreichs durch den Regelzonenführer Verbund APG massive markteinschränkende Engpassmaßnahmen erforderlich. Diese verursachten im Jahr 2005 Kosten von etwa 18 Mio Euro. Im Auftrag der E-Control-Kommission führt die E-Control ein kontinuierliches Monitoring der gesetzten Maßnahmen und der daraus entstandenen Kosten durch.

Ausgleichsenergiemarkt

Mit Juli 2005 erfolgte für die Regelzone Ost die Implementierung der bereits 2004 gemeinsam mit Marktteilnehmern akkordierten Weiterentwicklung der *Clearing*preisformel. Die Kosten des gesamten Ausgleichsenergiesystems sind gegenüber dem vorangegangenen Jahr (bezogen auf die ersten drei Quartale) um etwa 30% gestiegen. Dies ist einerseits eine Folge der generell gestiegenen Großhandelspreise und andererseits in den teilweise gestiegenen Ausgleichsenergiemengen begründet.

Langfristprognose

Die letzten Jahre waren von einem sehr hohen Verbrauchszuwachs geprägt. Der gesamte Inlandsstromverbrauch ohne Pumpspeicherung wuchs im Jahr 2003 um 3,4% und im Jahr 2004 um 3% und beträgt nun 64.776 GWh. Im Jahr 2005 wurden vom Wirtschaftsforschungsinstitut weitere Energieverbrauchsszenarien bis 2020 vorgelegt²⁴⁰. Dabei wurde offensichtlich der oben erwähnten Verbrauchssteigerung bzw. auch den neu von Statistik Österreich vorgelegten Energiebilanzen Rechnung getragen.

Die neu berechneten Szenarien liegen nun um den Mittelwert der absoluten Verbrauchssteigerung der Jahre 1990 bis 2003 (MA-90er: 1.380 GWh pro Jahr).²⁴¹ Würde das Wachstum der Jahre 2003 bis 2010 von 2,3% fortauern, so ergäbe sich im Jahr 2020 ein um etwa 4.000 GWh niedrigerer Verbrauch.

Stranded Costs

Das Gesamtvolumen anerkannter *Stranded Costs* für das Braunkohlekraftwerk Voitsberg 3 beträgt 132,61 Mio Euro und wird für den Zeitraum 19. Februar 1999 bis 30. Juni 2006 eingehoben. Gemäß § 13 Energie-Regulierungsbehördengesetz ist die E-Control mit der Einhebung, Verwaltung und Zuteilung der *Stranded Costs*-Beiträge beauftragt. Die Energie-Control Kommission ist Berufungsinstanz gegen die Bescheide der Energie-Control GmbH. Gegen ihre Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel möglich.

Zu unterscheiden ist zwischen dem Aufbringungsmodus der *Stranded Costs* Verordnung I (BGBl II Nr 52/1999) für den Zeitraum vom 19. Februar 1999 bis 30. September 2001 und jenem der *Stranded Costs*

²⁴⁰ Kratena Kurt; Wüger Michael 2005. Energieszenarien für Österreich bis 2020, Wien: Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung.

²⁴¹ Die Änderungen 1992 und 1993 wurden als Ausreißer nicht in die Berechnung mit einbezogen.

Verordnung II (BGBl II Nr 354/2001 idF BGBl II Nr 311/2005) für den Zeitraum vom 1. Oktober 2001 bis zum 30. Juni 2006.

Zeitraum 19. Februar 1999 bis zum 30. September 2001

Mit seinem Erkenntnis V 3/04 vom 11. Juni 2004 hat der VerfGH § 10 Abs 1 *Stranded Costs* Verordnung II des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit aufgehoben, welche die Einhebung von Beiträgen für den Zeitraum vom 19. Februar 1999 bis zum 30. September 2001 regelte. Mit Erkenntnissen vom 6. Oktober 2004 hat der VerfGH auch die auf diese Regelung gestützten Bescheide zur Vorschreibung der *Stranded Costs* Beiträge aufgehoben.

Durch den in Folge neu erlassenen § 10 Abs 1 *Stranded Costs*-Verordnung II in der Fassung BGBl II Nr 311/2005 erfolgte die Klarstellung, dass im Zeitraum vom 19. Februar 1999 bis zum 30. September 2001 nur jene Unternehmen die Verpflichtung hatten, *Stranded Costs*-Beiträge abzuführen, die im damaligen Zeitraum als zugelassene Kunden galten oder solche versorgten. In den Erläuterungen zur Verordnung wird klargestellt, dass die E-Control die von nicht zugelassenen Kunden eingehobenen Beiträge an diese zurückzuzahlen hat. 2,78 Mio Euro wurden daher an jene Netzbetreiber zurückgezahlt, die bis zum 30. September 2001 nicht als zugelassene Kunden galten.

Zeitraum ab dem 1. Oktober 2001

Die Basis für die Vorschreibung der Beträge ab dem 1. Oktober 2001 ist die *Stranded Costs* Verordnung II des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Anträgen auf Aufhebung der Regelungen betreffend den Aufbringungsmodus ab dem 1. Oktober 2001 wurden vom Verfassungsgerichtshof keine Folge gegeben.

Seit 1. Jänner 2003 werden die Beträge nicht mehr von den Netzbetreibern selbst berechnet, sondern von der E-Control auf Basis der Abgabemengen des Vorjahres eingehoben. Dieses System wurde auch im Jahr 2005 beibehalten. Die Auszahlung an die begünstigten Unternehmen erfolgt nach Maßgabe der einbezahlten Mittel, jeweils am 15. des dem Quartalsende zweitfolgenden Monats.

Bis dato sind von der E-Control 72,24 Mio Euro Beiträge nach *Stranded Costs* Verordnung II eingehoben und an die begünstigten Unternehmen ausgezahlt worden. Der Gesamtbetrag der bis Ende 2005 einzubehaltenden *Stranded Costs* gemäß Verordnung II betrug 83,41 Mio Euro.

6.5.5 Die Tätigkeit der E-Control-Kommission – Gasbereich

Systemnutzungstarife Gas

Mit 1. November 2005 wurden von der E-Control-Kommission neue Gas-Systemnutzungstarife verordnet. Diese Novelle brachte auch eine Änderung der Regelzonenführer-Verordnung. Überdies wurden eingehende Bestimmungen über die Kriterien für die Tarifbestimmung in den Verordnungstext aufgenommen. Zudem wird mit der GSNT-VO-Novelle 2005 erstmals in allen Netzbereichen ein Tarif für Anlagen, die zum Betanken erdgasbetriebener Fahrzeuge dienen, bestimmt. Unverändert blieben die Höchstpreise für das Zählerwesen.

Bei der Kostenermittlung wurde analog zu den Strompreisverfahren die branchenübliche Produktivitätsentwicklung, die Veränderung eines Netzbetreiberpreisindex und mengenabhängige Änderungen berücksichtigt.

Die erzielbaren Produktivitätssteigerungen wurden mit 2,5% festgelegt. Die von den Unternehmen nicht beeinflussbaren Kostenerhöhungen wurden durch den Netzbetreiberpreisindex (NPI) abgebildet. Dieser setzt sich aus einer Gewichtung aus Tariflohnindex, Baupreisindex und Verbraucherpreisindex zusammen.

Die Systemnutzungstarife wurden um rund 10 Prozent gesenkt, was zu Einsparungen von insgesamt 47 Mio Euro führt. Die Tarifsenkungen lassen sich im Wesentlichen auf eine Mengensteigerung, niedrigere Finan-

zierungskosten, die gesunkene Körperschaftsteuerbelastung sowie die erstmalige Umsetzung von Zielvorgaben der E-Control Kommission analog zum Strompreisverfahren zurückführen.

Überwachungs- und Aufsichtsfunktionen im Gasbereich

Überwachung Unbundling

Die E-Control hatte im Oktober 2003 die Netzbetreiber zur Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms und Benennung eines Gleichbehandlungsverantwortlichen sowie Berichterstattung gegenüber der Behörde aufgefordert. Diese Programme sollen sicherstellen, dass alle MarktteilnehmerInnen gleichbehandelt werden. Zur Evaluierung der Gleichbehandlungsprogramme wurde den Netzbetreibern ein Fragebogen der E-Control übermittelt. Eine erste Auswertung der eingelangten Unterlagen ergab, dass im Wesentlichen lediglich allgemeine Aussagen getroffen werden bzw auf das Gleichbehandlungsprogramm im ersten Berichtsjahr verwiesen wird. Den Intentionen des Gesetzgebers wird dadurch – mit Ausnahme einiger weniger Unternehmen – von der Mehrheit der betroffenen Netzbetreiber nicht Rechnung getragen. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Entwicklung fortsetzen wird.

Aufsicht Regelzonenführer

Langfristige Planung 2005 für die Regelzone Ost für den Zeitraum 2006-2010

Die *Austrian Gas Grid Management AG*, kurz AGGM, hat als Regelzonenführer der Regelzone Ost gemäß Gaswirtschaftsgesetz jährlich eine Langfristige Planung für die Versorgungs- und Transportkapazitäten zu erstellen und derzeitige und zukünftige Kapazitätsengpässe im Fernleitungsnetz aufzuzeigen. Die Langfristige Planung ist der E-Control Kommission zur Genehmigung vorzulegen.

Die Langfristige Planung der AGGM wurde am 14. September 2005 im Wesentlichen von der E-Control-Kommission genehmigt.

Analyseergebnisse

Es zeigt sich, dass für das Spitzenlastszenario im Winter die Transportkapazitäten nicht ausreichen um die geplanten Kundenprojekte, insbesondere in Kärnten, der Steiermark und im Burgenland, umzusetzen.

Notwendige Maßnahmen

Zur Beseitigung der angespannten Situation in der Steiermark ist eine Kapazitätserhöhung über die Pyhrn-Leitung durchzuführen. Zusätzlich ist es nötig, Kapazität auf der TAG zu erwerben. Dies ist auch für die Deckung des prognostizierten Bedarfes in Niederösterreich, Burgenland und Kärnten nötig. Da gemäß Prognose die Einspeisemenge in die Regelzone in Oberkappel in den nächsten Jahren zunehmen wird, ist auch die Kapazität auf der WAG zu erhöhen. Zur Entspannung der Situation betreffend Einspeichertransporte im Sommer ist kurzfristig der Ausbau der Messstation Kirchberg vorzunehmen. Die wirtschaftlich und strategisch beste Variante besteht im Zukauf der benötigten Kapazität auf der TAG plus der Verlegung einer zusätzlichen Leitung von Eggendorf über den Semmering bis nach Bruck an der Mur.

Ausgleichsenergiemarkt in der Regelzone Ost

Im ersten Jahr nach der Einführung des Ausgleichsenergiemarktes (Gasjahr 2002/2003) entstanden den Bilanzgruppen Kosten für Netzverluste und Eigenverbrauch der Netzbetreiber in Höhe von 3 Mio Euro. Eine Änderung der Preisformel für Stunden ohne Abruf von Ausgleichsenergie und Maßnahmen für eine verbesserte *Linepack*nutzung werden dazu führen, dass diese Bilanzgruppen im Gasjahr 2005/2006 erstmals Nettoerlöse verbuchen können.

Seit dem Beginn der Liberalisierung im Oktober 2002 sank der Anteil der benötigten Ausgleichsenergiemenge am Gesamtgasverbrauch der Regelzone Ost auf 1%.

Econgas-Zusammenschluss: Gas Release Programm 2005

Mit der Genehmigung des Zusammenschlusses der Unternehmen der Energie-Allianz (Wiengas, OÖFG, Begas, EVN AG und Linz Gas Wärme) und der OMV zur Econgas wurden den Unternehmen unter anderem auch die Durchführung eines *Gas Release* Programms auferlegt. Am 13. Juli 2005 fand die dritte Gasauktion

im Rahmen dieses Programms statt. Es wurden 270 Mio m³ (ca 3% des Marktvolumens in Österreich) über den *Central European Gas Hub* Baumgarten, einer Tochtergesellschaft der OMV, versteigert. Von den 28 Bietern kamen 10 Bieter aus Österreich, Italien, der Schweiz und Deutschland zum Zug. Zwei österreichische Unternehmen ersteigerten Gas. Es wird jedoch erwartet, dass weniger als 10% der versteigerten Mengen auf den österreichischen Markt kommen.

Zusätzliche Maßnahmen zur Verbesserung der Zugangsbedingungen (Reduzierung der Teilnahmekosten) zum *Gas Release* Programm machten den Handelsplatz Baumgarten attraktiver.

Langfristplanung und Kapazitätsausbau

Voraussetzungen für den Wettbewerb und die Versorgungssicherheit sind ausreichende Leitungskapazitäten und deren effiziente Nutzung. Diese soll durch ein entsprechendes Tarifmodell unterstützt werden. Dazu wurde seitens der E-Control eine Studie in Auftrag gegeben, deren Ergebnisse derzeit diskutiert werden.

In der von der E-Control Kommission genehmigten Langfristplanung der AGGM wurde ein Ausbaubedarf festgestellt. Daneben besteht Handlungsbedarf nach Maßnahmen zur Optimierung der Netznutzung und der Zuordnung von Einspeisekapazitäten bei Veränderungen des Portfolios.

Einspeisung von Biogas in Erdgasnetze

Die Einspeisung von Biogas in Erdgasnetze wurde verstärkt öffentlich diskutiert. Die Prognosen zur Substitutionsmöglichkeit von Erdgas durch Biogas liegen in einer Bandbreite von 10 bis 30% des aktuellen Erdgasabsatzes.

Es wurden zwei Studien in Auftrag gegeben um das wirtschaftliche und technische Potenzial und die Auswirkungen auf die Nutzung des Gasnetzes zu ermitteln.

6.5.6 Strom und Gas - Konsumentenaktivitäten

Schlichtungsstelle

Gemäß § 10 a Energie-Regulierungsbehördengesetz können sich KonsumentInnen und die übrigen Marktteilnehmer bei Streit- oder Beschwerdefällen (insbesondere betreffend Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Netzbetreibern und Marktteilnehmern) in Bezug auf die Abrechnung von Elektrizitäts- und Erdgaslieferungen sowie von Systemnutzungsentgelten, an die Energie-Control GmbH wenden.

Dazu reicht ein formloser aber schriftlicher Streitschlichtungsantrag (per Post, Fax oder in elektronischer Form), der kurz die Sachlage beschreibt und in der Beilage alle relevanten Unterlagen enthält.

Zwischen 1. Oktober 2004 bis 30. September 2005 wurden 220 Verfahren geführt. Von diesen Verfahren konnten 95,3 Prozent positiv abgeschlossen werden.

Auch 2005 betrafen die meisten Beschwerden unerklärliche Verbrauchssteigerungen und nicht nachvollziehbare Energierechnungen. Gesunken ist hingegen die Anzahl an Beschwerden über Anschlusskosten bei Neubau bzw Erweiterung einer Anlage.

Missbrauchsaufsicht

Im Rahmen ihrer Überwachungs- und Aufsichtsfunktion hat die E-Control dafür Sorge zu tragen, dass es zu keinen Ungleichbehandlungen von Marktteilnehmern durch Monopolisten (Netzbetreiber) kommt. Stellt die E-Control einen Missstand fest, so hat sie unverzüglich alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen.

Im Jahr 2005 wurden bei der E-Control knapp 20 Missbrauchsverfahren geführt. Die Verfahren hatten unterschiedlichen Inhalt, beispielsweise Zuordnung zu bestimmten Netzebenen, Verrechnung von Netzbereitstel-

lungs- und Netzzutrittsentgelten, Anschlusspunkt und Netzzutrittsentgelt bei Erhöhung der Leistung, Verrechnung von Transformatormietten, Anschlusspunkt und Kosten des vorgelagerten Netzes bei Einspeisern, Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Rechnungslegung und Vorsteuerabzug zwischen Netzbetreibern und Lieferanten, Lieferantenwechsel und kalkulatorische Mehrkosten für Ökostrom.

In einem Verfahren musste die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes mittels Bescheid vorgeschrieben werden. In den anderen Verfahren konnte der Missstand noch während des Ermittlungsverfahrens abgestellt werden, oder es stellte sich heraus, dass kein Missstand vorlag.

Tarifikalkulator

Insgesamt wurden 2005 mehr als 700.000 Berechnungen durchgeführt (2004 rund 200.000 Berechnungen), davon ca 90% für HaushaltskundInnen. Auch die Zahl der registrierten *WatchDog*-User, die sich regelmäßig automatisch über Preisänderungen informieren, ist deutlich auf 4.700 gestiegen.

Da Großkunden regelmäßig bei der E-Control angefragt haben, welche Energieunternehmen als potenzielle Lieferanten von elektrischer Energie bzw Erdgas in Frage kommen, wurde der Tarifikalkulator im Jahr 2005 um eine Großkundenlieferantenliste erweitert.

6.6 Überblick über die Aktivitäten der RTR-GmbH im Jahr 2005

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH agiert in den Bereichen Rundfunk und Telekom. Ihre Arbeit umfasst die Sicherung der Meinungsvielfalt, auch als Rechtsaufsichtsorgan über private TV- und Radioanbieter, bis hin zum Rundfunkfrequenzmanagement. Im Telekommunikationsbereich ist ua die Wettbewerbsregulierung und die Frequenzvergabe im 450 MHz Bereich zu erwähnen.

Sebastian Loudon

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) fungiert als konvergenter Geschäftsapparat der Medienbehörde KommAustria sowie der Telekom Control Kommission (TKK). Zusätzlich nimmt die RTR-GmbH im Telekom-Bereich eigene behördliche Aufgaben wahr. Im Rundfunkbereich ist sie für die Verwaltung des Digitalisierungsfonds sowie des FERNSEHFONDS AUSTRIA zuständig.

In der Folge werden die Aktivitäten der RTR-GmbH aus dem Jahr 2005 überblicksmäßig dargestellt und den im KommAustria-Gesetz und im Telekommunikationsgesetz 2003 formulierten Zielsetzungen zugeordnet.

Rundfunk: Beitrag zur Zielerreichung im KommAustria-Gesetz

Gemäß § 2 Abs 2 KommAustria-Gesetz (KOG) lauten die Ziele, die durch die Tätigkeit der KommAustria verfolgt werden sollen:

- die Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter
- die Sicherung der Meinungsvielfalt und die Förderungen der Qualität der Rundfunkprogramme einschließlich der technischen Voraussetzungen für ihre Verbreitung
- die Entwicklung von technischen und ökonomischen Konzepten für den dualen Rundfunkmarkt in Österreich
- die Sicherstellung und Einhaltung europäischer Mindeststandards durch die Anbieter von Inhalten, insbesondere zu Gunsten des Kinder-, Jugend- und Konsumentenschutzes
- die Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums
- 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

- die Schaffung und Bewahrung einer modernen und qualitativ hoch stehenden Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität

In der Folge wird schwerpunktmäßig dargestellt, welche Tätigkeiten der RTR-GmbH im Berichtszeitraum einen Beitrag zu den im KOG formulierten Zielsetzungen leisteten.

Ein Kernbereich in der Arbeit von KommAustria und RTR-GmbH als deren Geschäftsapparat sind Verfahren zur Zulassung und Zuordnung von Übertragungskapazitäten im Hörfunkbereich, wodurch der Marktzutritt neuer Anbieter laufend gefördert wird.

Das Auswahlverfahren bei Zulassungen gewährleistet, dass die Entscheidungen stets die Sicherung der Meinungsvielfalt berücksichtigen. Die Förderung der Qualität der Rundfunkprogramme wird etwa durch diverse Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen von Rundfunkveranstaltern erreicht. Seit dem Herbst 2005 beteiligt sich die RTR-GmbH im Rahmen ihrer Funktion als Kompetenzzentrum aktiv an zwei Initiativen von privaten Rundfunkveranstaltern. Die technischen Voraussetzungen für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen zu fördern, ist ein stetes Bemühen in der Regulierungsarbeit. Hier geht es vor allem in Abstimmung mit den Frequenzverwaltungen unserer Nachbarländer, die Leistungsparameter der in Österreich genutzten Frequenzen zu optimieren. Zudem tragen sämtliche Aktivitäten im Rahmen der Einführung des digitalen Rundfunks letztlich der Verbesserung der technischen Verbreitungsmöglichkeiten bei.

Seit der Novelle des Privatradiogesetzes (PrR-G) vom 1. August 2004 hat die KommAustria eine Handhabe, Übertragungskapazitäten für Versorgungsgebiete, in denen aufgrund einer geringen technischen Reichweite oder einer bereits intensiven Wettbewerbssituation keine auf Dauer finanzierbare Programmveranstaltung zu erwarten ist, nicht sofort und einzeln, sondern diese zu „sammeln“ und sie allenfalls in Kombination mit weiteren Übertragungskapazitäten auszuschreiben, um dadurch aktiv technische und ökonomische Konzepte für den dualen Rundfunkmarkt entwickeln zu können.

Im Rahmen der Funktion als Rechtsaufsichtsorgan über private TV- und Radioveranstalter wird permanent an der Sicherstellung und Einhaltung europäischer Mindeststandards gearbeitet, insbesondere zu Gunsten des Kinder-, Jugend- und Konsumentenschutzes. Besonders die Aktivitäten im Zuge der Werbebeobachtung leisten einen kontinuierlichen Beitrag zur Sicherstellung dieser Mindeststandards.

Sämtliche Aktivitäten im Bereich des Rundfunk-Frequenzmanagements sowie ein Großteil der Arbeiten in Bezug auf die Digitalisierung des Rundfunks stehen unter der Zielsetzung, eine Optimierung der Nutzung des Frequenzspektrums herbeizuführen. Rundfunkfrequenzen sind ein knappes Gut, insbesondere in einem Land wie Österreich (Topografie, zahlreiche Nachbarstaaten) – die effiziente Verwendung von Übertragungskapazitäten spielt daher auch bei der Auswahl in Zulassungsverfahren eine besonders wichtige Rolle.

Die Bereitstellung von Fachwissen im Bereich der Konvergenz von audiovisuellen Medien und Telekommunikation liegt im Selbstverständnis der RTR-GmbH als unabhängige und transparente Serviceeinrichtung für sämtliche *Stakeholder*, wie etwa Marktteilnehmer, KonsumentInnen und Politik. Die Verbreitung dieses Fachwissens erfolgt über Publikationen, seien es monatliche Newsletter, einzelne Studien zu speziellen Themen, die jährlich erscheinenden Berichte oder die laufende Beantwortung von fachlichen Anfragen aller Art.

Sämtliche Aktivitäten im Rahmen der Rundfunkdigitalisierung haben letztlich das Ziel der Schaffung einer modernen und qualitativ hoch stehenden Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität. Insbesondere für die österreichischen TV-Veranstalter ist dieses Ziel von großer Bedeutung. In einem noch größeren Zusammenhang kommt einer zukunftstauglichen Kommunikationsinfrastruktur auch eine Bedeutung im Rahmen des Erhalts der kulturellen Eigenständigkeit Österreichs zu.

Telekom: Beitrag zur Zielerreichung nach dem TKG 2003

Die Ziele der Regulierung und Aufgaben der Regulierungsbehörden sind in einschlägigen Gesetzen festgelegt. Durch konkrete Aktivitäten im Jahr 2005 konnten wesentliche Beiträge zu ihrer Erreichung geleistet werden. Allgemein und verkürzt formuliert geht es bei allen Aktivitäten im Wesentlichen um:

- die Klärung der Rahmenbedingungen für den Markt,
- die Durchsetzung von Verpflichtungen bzw Rechten,
- die faire, transparente und nichtdiskriminierende Vergabe knapper Ressourcen,
- die gezielte Verbesserung des Konsumentenschutzes,
- die Förderung von Investitionen und Innovationen sowie
- die Unterstützung der Harmonisierung auf EU-Ebene

im Sinne eines chancengleichen, nachhaltigen und funktionsfähigen Wettbewerbs.

Einige Beispiele konkreter Beiträge aus 2005 werden hier kurz dargestellt:

Im Kernbereich der Wettbewerbsregulierung – den Marktanalysen – wurden 2005 erhebliche Fortschritte erzielt. Mit Ausnahme des Vorleistungsmarktes für *International Roaming* (wurde bisher erst von einem EU-Mitgliedstaat notifiziert), waren Ende 2005 bereits alle der 17 relevanten Telekommunikationsmärkte bei der Europäischen Kommission notifiziert und die Mehrzahl dieser Verfahren ist bereits endgültig abgeschlossen. Österreich liegt bezüglich der Geschwindigkeit der Umsetzung unter den Top 3-Ländern innerhalb der Europäischen Union. Damit konnte ein fließender Übergang vom alten zum neuen Rechtsrahmen sichergestellt und durch eine konsistente und rasche Umsetzung die Rahmenbedingungen für den Markt und die KonsumentInnen verbessert werden.

Um auch in Zukunft klare Informationen zu haben und den aktuellen und erwarteten Marktentwicklungen Rechnung zu tragen, begann die Regulierungsbehörde mit den Vorbereitungen für künftige Marktanalysen. So wurde etwa die öffentliche Konsultation zur Überarbeitung der Telekommunikationsmärkteverordnung (TKMVO) gestartet. In diese Konsultation flossen erstmals erhobene empirische Nachfragedaten ein. Ein detaillierter Bericht über die umfangreiche „Nachfrageseitige Erhebung“ konnte publiziert werden.

Im Zuge mehrerer großer Streitschlichtungsverfahren konnte die Durchsetzung der gesetzlichen Verpflichtungen (z.B. Verpflichtungen aus Ergebnissen der Marktanalysen) sichergestellt werden. Auf Vorleistungsebene waren die Hauptthemen 2005 Mobilterminierung²⁴², Entbündelung und Breitbandvorleistungszugang. Beispielsweise werden durch die beschlossene schrittweise Absenkung der Mobilterminierungstarife disruptive Eingriffe vermieden und gleichzeitig die Voraussetzung für eine mittelfristige Reduktion der Endkundentarife aus anderen Netzen zu Mobilkunden anderer Netze geschaffen.

Durch die neuen Entscheidungen im Bereich der mobilen Nummernportierung konnten die Portierungsprozesse zwischen den Betreibern sowohl in technischer Hinsicht als auch betreffend die Abläufe vereinheitlicht werden, Qualitätsparameter genauer spezifiziert und offene Fragen bezüglich des Portierentgeltes zwischen den Betreibern geklärt werden. Darüber hinaus sind nun auch die Rahmenbedingungen für die Portierung von Großkunden (Nutzer mit mehr als 25 SIM-Karten) vereinheitlicht worden.

Ende 2005 wurde unmittelbar nach Übermittlung der Nutzungsbedingungen durch das BMVIT eine Ausschreibung zur Vergabe von Frequenzen im Bereich 450 MHz gestartet. Aufgrund der Ausbreitungsbedingungen sind die gegenständlichen Frequenzen besonders für die Flächenversorgung und damit für die Ver-

²⁴² Die Mobilterminierung ist jene Leistung, die ein Mobilfunkunternehmen erbringt, wenn es einen Anruf aus einem anderen Netz zu einem Kunden im eigenen Netz zustellt. Im Gegenzug erhält es dafür die entsprechenden Zusammenschaltungsentgelte (*interconnection charges*).

sorgung eher dünn besiedelter ländlicher Regionen geeignet. Nach Abschluss der Frequenzvergabe wird damit 2006 dem Markt eine zusätzliche Möglichkeit für den breitbandigen Zugang zum Endkunden zur Verfügung stehen.

Die RTR-GmbH trug der wachsenden Bedeutung von *Voice over IP* (VoIP) auch im Jahr 2005 entsprechend Rechnung und kam dem Bedarf des Marktes nach einer Einordnung dieser neuen Dienste in den bestehenden gesetzlichen Rahmen mit der Veröffentlichung von „Richtlinien für Anbieter von VoIP-Diensten“ nach.

Bezüglich Kommunikationsparameter lag ein Schwerpunkt auf der Überprüfung der Bestimmungen der Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdienste-Verordnung (KEM-V). Das Nutzungsmonitoring wurde hier verstärkt auf den Bereich der Mehrwertdienste, insbesondere SMS-Mehrwertdienste, sowie Rufnummern für private Netze konzentriert. Bezüglich der Verwaltung des österreichischen Nummernraumes konnten weitere Effizienzpotenziale ausgeschöpft werden – der Trend zu noch kürzeren Bearbeitungszeiten von Anträgen konnte fortgesetzt werden.

Durch das Wirksamwerden des in der KEM-V eingeführten *Opt-In*-Prinzips für *Dialer*-Dienste²⁴³ kam es zu einer erheblichen Verbesserung des Konsumentenschutzes in diesem Bereich. Dies spiegelt sich auch in der Anzahl der Endkundenschlichtungsfälle wider, welche von 2004 auf 2005 erfreulicherweise um 20 % zurückgingen. Aufgrund der steigenden Anzahl von Problemen mit SMS/MMS-Mehrwertdiensten ergriff die RTR-GmbH in diesem Bereich die Initiative und konnte gemeinsam mit den Unternehmen eine Lösung im Sinne einer Sperrmöglichkeit für die KonsumentInnen erzielen.

Im Bereich der elektronischen Signatur kam es durch eine Änderung der Signaturverordnung zu wesentlichen Vereinfachungen. Darüber hinaus ergab die Veröffentlichung einer Empfehlung bezüglich der für Signaturen geeigneten Algorithmen eine weitere Konkretisierung der Anforderungen.

In ihrer Rolle als unabhängiges Kompetenzzentrum erstellte die RTR-GmbH im Auftrag des BMVIT den IKT-Masterplan. Auf Basis einer Stärken-/Schwächen-Analyse, ExpertInneninterviews und der Recherche internationaler *Best Practice*-Beispiele, wurde ein durchgängiges vierstufiges Konzept – ausgehend von der Vision, über die Mission, strategische Ziele, operative Ziele, bis hin zu 44 konkreten Maßnahmen entwickelt. Der Plan soll als Ausgangspunkt für eine breite öffentliche Diskussion dienen sowie eine Planung und Realisierung der Umsetzung durch die verantwortlichen Stellen unterstützen.

Die Regulierungsbehörde hat auch 2005 ihre aktive Rolle bezüglich der Förderung von Innovationen fortgesetzt. Zum Beispiel wurde nach dem bereits 2004 erfolgten Startschuss für kommerzielle ENUM (Dienst zur Abbildung von Telefonnummern auf Internetadressen) mit den ersten Vergaben von Rufnummern aus dem Bereich für konvergente Dienste ein weiterer Meilenstein gesetzt und die Vorreiterrolle Österreichs in diesem Bereich gefestigt.

Durch die gezielte Mitarbeit in internationalen Arbeitsgruppen konnten *Best Practice*-Beispiele aus anderen Ländern für die tägliche Regulierungsarbeit nutzbar gemacht, *Benchmarks* bezüglich des Status der österreichischen Liberalisierung und Regulierung erhoben werden und durch das Einbringen der österreichischen Erfahrungen in Sitzungen und Arbeitsdokumente die EU-weiten Harmonisierungsbestrebungen weiter vorangetrieben werden.

Im Zuge einer Evaluierung der Zielerreichung der Regulierung ist es von besonderer Bedeutung, wie der Markt die erzielten Fortschritte wahrnimmt. Beispielsweise erstellte ECTA für das Jahr 2005 eine Studie – die *ECTA Regulatory Scorecard 2005*, in welcher in 16 EU-Staaten die Umsetzung des neuen Rechtsrah-

²⁴³ Freikalkulierbare Dialerdienste dürfen aufgrund der Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM V) nur unter der Vorwahl 0939 erreichbar sein. Um Missbrauch zu vermeiden muss diese Nummer von Seiten der Netzanbieter grundsätzlich für alle KundInnen zunächst gesperrt sein und darf erst auf ausdrücklichen Wunsch der KundInnen für den jeweiligen Telefonanschluss freigeschaltet werden (= *Opt-In*).

mens durch Interviews mit Marktteilnehmern bewertet wurde. Als Parameter flossen Themen, wie Unabhängigkeit des Regulators, Verfahrensdauer und am Markt verfügbare Zugangsprodukte ein. Österreich rangierte hier für 2005 hinter Großbritannien, Dänemark und Frankreich auf dem vierten Platz. Die Aktivitäten bezüglich Liberalisierung und Regulierung in Österreich werden daher im internationalen Vergleich als sehr positiv wahrgenommen.

6.7 Schienen Control GmbH – Bericht 2005

Der österreichische Schienenregulator ist Wettbewerbsaufsicht und Streitschlichter. Die Entwicklung auf dem Schienenverkehrsmarkt mit symmetrischer Liberalisierung lässt aus Sicht des Regulators eher Kooperation als Wettbewerb der ehemaligen Staatsbahnen erkennen. Die Zahl der Eisenbahnunternehmen steigt langsam. Trotz geringen Marktanteils von Unternehmen außerhalb der ÖBB wurden einige Probleme an den Regulator herangetragen. Ein Problem für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen besteht in den stark steigenden Infrastrukturkosten.

Die Eisenbahngesetznovelle 2004 brachte 2005 einige Neuerungen: Erstellung von Schienennetznutzungsbedingungen und die Beauftragung einer unabhängigen Trassenzuweisungsstelle. Österreich hat alle Erfordernisse des Zweiten EU-Eisenbahnpakets erfüllt.

Georg Fürnkranz

Die im Jahr 1999 gegründete Schienen Control GmbH und die Schienen Control Kommission bilden den österreichischen Schienenregulator, also die laut EU-Richtlinie 2001/14 Art 20 in allen Mitgliedstaaten der EU einzurichtende Regulierungsbehörde, die Aufgaben der Streitschlichtung und Wettbewerbsaufsicht im Schienenverkehrsmarkt zu erledigen hat.

6.7.1 Die Entwicklung des Schienenverkehrsmarktes 2005

Gegenstand der folgenden Erörterung ist ausschließlich der intramodale Wettbewerb der Schiene in Österreich, exakte Zahlen über die Entwicklung des *Modal split* für 2005 liegen bislang nicht vor.

Im Gegensatz zu den stärker endkundenorientierten Liberalisierungskonzepten im Energie- und Telekombe-
reich ist das Liberalisierungskonzept der EU im Schienenverkehrsmarkt bislang hauptsächlich für Eisenbahnunternehmen spürbar: Vorgesehen ist die Schaffung einer für alle Verkehrsunternehmen zu gleichen Bedingungen nutzbaren Bahn-Infrastruktur analog dem Straßen- und Luftverkehr. Dies bedingt eine Trennung der traditionellen Bahnunternehmen in einen Infrastruktur- und einen Verkehrsdienstleistungsteil oder zumindest die Ausgliederung wesentlicher Funktionen (Trassenzuweisungsstelle). Dadurch sollen Wettbewerb auf diesem Netz und in der Folge Qualitätsverbesserung bei gleichzeitig sinkenden Preisen erzielt werden.

Da im Gegensatz etwa zum Telekom-Bereich aber keine gezielte Förderung neu in den Markt eintretender bzw. kleiner Anbieter, sondern eine so genannte symmetrische Liberalisierung (reines Diskriminierungsverbot) erfolgt, sind die Marktanteile der Neueintretenden gegenüber den aus den Staatsbahnen hervorgegangenen (in Österreich die ÖBB-Konzerntüchter ÖBB Personenverkehr AG (PV) und Rail Cargo Austria (RCA)) Eisenbahnunternehmen europaweit mit wenigen Ausnahmen nur geringfügig angestiegen. Die aus den ehemaligen Staatsbahnen hervorgegangenen Unternehmen ihrerseits hingegen setzen in der Regel nach wie vor eher auf Kooperation als auf Wettbewerb. So verkehren etwa auf der österreichischen Westbahn zahlreiche Zuggarnituren von DB-Fernverkehr und Railion unter der Verantwortung von ÖBB-PV und RCA – ebenso wie umgekehrt. Die Möglichkeit, die aufgrund der Liberalisierung bestehenden Zugangsrechte selbst auszunutzen, wird bislang kaum genutzt.

Auch Konzentrationsprozesse sind zu beobachten – etwa die Expansion von Railion in zahlreiche andere Länder aber auch der Erwerb einer Mehrheit an der deutschen TX-Logistik (mit österreichischer Tochter) durch die italienische Trenitalia im Jahre 2005. Auch die 2005 betriebenen Übernahmebemühungen der

RCA bei ZSSK-Cargo sind in diesem Zusammenhang erwähnenswert, wenngleich dieser Prozess derzeit unterbrochen ist.

6.7.2 Entwicklung der Eisenbahnunternehmen

In den Jahren der Liberalisierung stieg die Zahl der Eisenbahnunternehmen langsam, aber stetig an: Waren früher die traditionellen Privatbahnen in der Regel typische Lokalbahnen, die den Betrieb als integriertes Unternehmen (also Betrieb von Infrastruktur und Verkehrsleistung) führten und mit den damals ebenfalls noch integrierten ÖBB ausschließlich kooperierten, so hat sich in den letzten Jahren zusätzlich eine Reihe reiner Verkehrsunternehmen gegründet. Gleichzeitig ergab sich aus dem Erfordernis der getrennten Organisation von Infrastruktur und Betrieb eine Umstrukturierung und zahlenmäßige Vermehrung der Eisenbahnunternehmen insbesondere im ÖBB-Bereich. Eine Diversifizierung von ÖBB-Verkehrsunternehmen, wie sie etwa im deutschen Personenverkehr in Gestalt von zahlreichen Regionalverkehrstöchtern der DB-AG zu beobachten ist, besteht hingegen in Österreich bislang nicht.

Einige der Privatbahnen sind darüber hinaus von der Liberalisierung überhaupt nicht erfasst, weil sie als „nicht vernetzte“ Eisenbahnen gelten und daher ein Übergang von Fahrzeugen ohnehin nicht möglich ist (Schmalspur-, Zahnrad- und Straßenbahnen).

Während die traditionellen „Privatbahnen“ mit wenigen Ausnahmen im (zumindest mehrheitlichen) Besitz von Gebietskörperschaften stehen, haben sich bei den neugegründeten Verkehrsunternehmen auch solche mit rein privater Eigentümerstruktur gebildet. Insbesondere diese neugegründeten Unternehmen tragen heute zum Wettbewerb auf dem österreichischen Schienennetz bei.

Der Marktanteil der 23 Unternehmen außerhalb des ÖBB-Konzerns auf Österreichs vernetzter Bahninfrastruktur (Basis IBE-Zahlung) betrug im Jahr 2005 5,2%,

Dazu ist anzumerken, dass dieser Anteil nicht mit dem Anteil an den tatsächlich transportierten Tonnagen bzw Passagierzahlen gleichzusetzen ist, weil die IBE-Tarife nicht auf allen Infrastrukturen gleich strukturiert sind und sich im Laufe der letzten Jahre auch verändert haben. Eine Bahn liegt etwa heute – obwohl der Verkehr massiv ausgeweitet wurde, hinsichtlich der IBE-Anteile nur mehr bei etwa zwei Drittel des Wertes von vor fünf Jahren.

Entsprechend aussagekräftigere Statistiken sind für den Zeitraum noch nicht vorhanden, lieferten aber in der Vergangenheit insgesamt ein nahezu deckungsgleiches Bild wie die IBE-Anteilsberechnung.

Die Eisenbahnunternehmen Österreichs

Tabelle 6: Eisenbahnunternehmen in Österreich

Abkürzung	Firma	Typ	TZW	Verkehrsleistungen wo bzw durch wen
CAT	City Air Terminal BetriebsGesmbH	EVU	---	Wien Mitte – Flughafen Wien – Schwechat
CCG	Cargo Center Graz Betriebs- gesellschaft mbH & Co KG	INT	SCHIG	Betriebsführung durch STB EVUs 2005: RCA, LTE, STB
DB Fern	DB Fernverkehr AG	EVU	---	Deutsches EVU, Verkehrsleistungen bis Grenze
DB Regio	DB Regio AG	EVU	---	Deutsches EVU, Verkehrsleistungen bis Grenze
GKB	Graz-Köflacher Bahn und Busbetrieb GmbH	INT	SCHIG	GKB sowie Güterverkehr im Raum Lavamünd und Liesing auf ÖBB-Netz

Abkürzung	Firma	Typ	TZW	Verkehrsleistungen wo bzw durch wen
LILO	Linzer Lokalbahn AG	EIU	LILO	EVUs 2005: St&H
LVE	Lokalbahn Lambach-Vorchdorf-Eggenberg	EIU	LVE	EVUs 2005: St&H
Log Serv	Logistik Service GmbH	EVU	---	Werksbahn VOEST, Güterverkehr auf ÖBB-Netz
Lokomotion	Lokomotion Gesellschaft für Schienentraction mbH	EVU	---	Deutsches EVU, Nord-Süd-Transitgüterverkehr
LTE	LTE Logistik und Transport GmbH	EVU	---	Güterverkehr auf dem ÖBB-Netz und im CCG
MBS	Montafonerbahn AG	INT	SCHIG	Regionalbahn Bludenz-Schruns
NSB	Neusiedler Seebahn AG	EIU		EVU 2005: RoeEE
ÖBB Infra Bau	ÖBB Infrastruktur Bau AG	EIU		Eigentümer des ÖBB- Streckennetzes
ÖBB Infra Betrieb	ÖBB Infrastruktur Betrieb AG	EIU	ÖBB	Betrieb des ÖBB-Netzes, Trassenzuweisungsstelle EVUs 2005: Alle
ÖBB PV	ÖBB Personenverkehr AG	EVU	---	Verkehre am Gesamtnetz der ÖBB
ÖBB TR	ÖBB Traktion GmbH	EVU	---	Verkehre am Gesamtnetz der ÖBB
RCA	Rail Cargo Austria AG	EVU	---	Güterverkehr auf ÖBB- Netz sowie ROeEE-, GKB- und CCG
RCN	RCN Rail Center Nürnberg GmbH & Co KG	EVU	---	2005 keine Verkehre
ROeEE GySEV	Raab-Oedenburg-Ebenfurter Eisenbahn AG	INT	ÖBB	Güter- und Personenverkehrsleistungen auf dem eigenen Netz
RTS	Rail Transport Service GmbH	EVU	---	Bedarfsleistungen auf ÖBB-Netz
SCHIG	Schieneninfrastruktur-Dienstleistungs-GmbH	TZW	---	Trassenzuweisungsstelle
SLB	Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation	INT	SCHIG	SLB, Güterverkehr auf ÖBB-Netz
SOB	Südost Bayern Bahn/DB-Regio Netz VerkehrsgmbH	EVU	---	Deutsches EVU, Verkehrsleistungen bis Grenze.
St&H	Stern & Hafferl Verkehrsgesellschaft mbH	EVU		Regionalverkehr auf LILO, LVE, LH, und ÖBB-Netz
StB	Steiermarkbahn Transport und Logistik GmbH	EVU	---	Logistikzüge auf StLB und ÖBB-Netz, CCG-Betriebsführung
StLB	Steiermärkische Landesbahnen	INT	SCHIG	Regionalverkehr StLB sowie LBMSStE
TX-LOG	TX-Logistik GmbH	EVU	---	Nord-Süd Gütertransit auf ÖBB-Netz
WLB	Wiener Lokalbahnen AG	INT	SCHIG	Regionalverkehr auf WLB, Güterverkehr auf ÖBB-Netz
Abkürzungen:				
EVU reines Verkehrsunternehmen, besitzt und betreibt keine Infrastruktur				
INT integriertes Eisenbahnunternehmen, betreibt sowohl Züge als auch Infrastruktur				
TZW Trassenzuweisungsstelle, entweder reines EIU selbst oder für integrierte Unternehmen				
EIU reines Infrastrukturunternehmen, übt Trassenzuweisung selbst aus				

Wo welches Unternehmen seine regelmäßigen Verkehre abwickelt (einige fahren Gelegenheitsverkehre ohne Jahresfahrplan) ist im Detail auf der Homepage der Schienen Control GmbH www.scg.gv.at einzusehen.

Neben den oben angeführten Eisenbahnunternehmen bestehen noch weitere, die im vergangenen Jahr (noch) keine Verkehrsleistungen erbracht haben.

Ebenfalls außerhalb des Regulierungsregimes liegen diverse Museumsbahnen, die auf anderer rechtlicher Basis betrieben werden (Veranstaltungsgesetz) sowie zahlreiche Anschlussbahnen.

Tabelle 7: Nicht vernetzte Bahnen

Nicht vernetzte Bahnen
Achenseebahn
Verbund Austrian Hydro Power AG Höhenbahn Reißeck
Innsbrucker Verkehrsbetriebe und Stubaitalbahnhof GmbH
LB Mixnitz-St Erhard AG
Zillertaler Verkehrsbetriebe
Schmalspurbahnen der ÖBB
Schmalspurbahnen der StLB
Schmalspurbahnen, betrieben von St&H
Straßenbahnen und U-Bahnen

6.7.3 Konflikte und Konfliktpotenziale

Trotz des eher geringen Marktanteils der Verkehrsunternehmen außerhalb des ÖBB-Konzerns hat sich in einer beträchtlichen Zahl von Fällen, die an den Schienenregulator herangetragen wurden, gezeigt, dass ein erhebliches Potenzial an Diskriminierungen bzw sonstigen Wettbewerbshindernissen in den Beziehungen zwischen Eisenbahnunternehmen besteht.

Schwerpunkte im Jahr 2005 waren dabei Probleme mit dem Betrieb von Anschlussbahnen sowie der Tarifgestaltung von Traktionsstrom im Gefolge der neuen ÖBB-Struktur. Aber auch im Zuge der erstmaligen Erstellung der Schienennetznutzungsbedingungen und anderer wettbewerbsrelevanter Unterlagen nach der Eisenbahngesetznovelle 2004 entstand eine Anzahl zu lösender Probleme.

Weitere Wettbewerbshindernisse konnten einerseits im Bereich der Verfügbarkeit von (gebrauchten) Fahrzeugen und dem Zugang auf von der ÖBB nicht mehr unterhaltener, aber nicht gemäß Eisenbahngesetz eingestellter Infrastruktur beobachtet werden. Diese Themen wurden allerdings nicht in formeller Form an den Regulator herangetragen, daher erfolgte auch keine formelle Entscheidung in diesen Fragen.

Ein grundsätzliches Problem für alle Eisenbahnunternehmen besteht in den stark steigenden Infrastrukturkosten, auch hier besteht aber derzeit in der Regel keine formale Zuständigkeit der Regulierungsbehörde.

Die Schienen-Control GmbH war bemüht, im Interesse aller beteiligten Unternehmen und damit ihrer ‚Kunden‘ unbürokratisch und informell Lösungen zu vermitteln, sodass finanziell und zeitlich aufwändige Verfahren zumeist vermieden werden konnten.

Zu einigen exemplarischen Schwerpunkten im Einzelnen

Anschlussbahnen

Aufgrund der bisherigen österreichischen Rechtslage besteht auf Anschlussbahnen im Gegensatz zu öffentlichen Eisenbahnen grundsätzlich kein gesetzliches Zugangsrecht für Eisenbahnverkehrsunternehmen. In der Regel erfolgt die Betriebsführung aufgrund alter Verträge exklusiv durch ein Güterverkehrsunternehmen, zumeist die RCA. Will nun ein anderes Eisenbahnunternehmen auf der fraglichen Anschlussbahn Leistungen erbringen, muss es sich entweder mit dem Betriebsführer einigen bzw muss der Besitzer der Anschlussbahn Letzteren – notfalls durch Kündigung des Betriebsführungsvertrages – dazu bringen, dem an-

deren Unternehmen Zugang zu gewähren. Um diese für alle Beteiligten nachteiligen und aufwändigen Schritte zu vermeiden, wurde in einem jahrelang heftig umstrittenen Fall auf Vermittlung der Schienen Control GmbH ein allgemein und für alle Unternehmen gleichermaßen gültiger Bedienungstarif festgelegt. Ähnliche Tarife für vergleichbar gelagerte Fälle sollen folgen, soweit sich in dieser Frage nicht aufgrund der kommenden Eisenbahngesetznovelle grundsätzliche Änderungen ergeben.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit Anschlussbahnen wurde nach einem aufwändigen Verfahren letztlich durch eine kommerzielle Einigung der Streitparteien gelöst. Es zeigte sich jedoch, dass die gemeinsame Benützung privater Infrastruktur einer Anschlussbahn ein beachtliches Konfliktpotenzial hinsichtlich der Preisgestaltung aufweist, zumal die Begriffe „angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt“ einen beträchtlichen Interpretationsspielraum beinhalten. Eine Unterwerfung derartiger Anlagen unter das normale Zugangsrecht auf vernetzter Eisenbahninfrastruktur erscheint daher wünschenswert.

Traktionsstrompreise

Probleme entstanden im Bereich des Traktionsstroms vor allem aufgrund der beabsichtigten Gewährung von Rabatten für Großbezieher. Da die Nutznießer aufgrund des Volumens zwangsläufig vor allem die ÖBB-Konzerntöchter wären, lagen hier schwerwiegende Bedenken einer Diskriminierung kleinerer Verkehrsunternehmen vor. Das nunmehr in Kraft getretene Tarifsysteem der ÖBB Infrastruktur Bau AG sieht daher keine derartige Rabattierung vor.

Nicht gelöst werden konnte leider das (derzeit außerhalb der Kompetenz des Regulators gelegene) Problem einer generell sehr deutlichen Preissteigerung im Strombereich.

Zugang zu Gebrauchtfahrzeugen

Neueintretende Eisenbahnverkehrsunternehmen stehen regelmäßig vor großen Problemen bei der Fahrzeugbeschaffung, da die Zulassung neuer wie gebrauchter Fahrzeuge sehr lange Zeiträume in Anspruch nehmen kann. Im Bereich der gebrauchten Fahrzeuge ist darüber hinaus zu beobachten, dass die ÖBB-Traktion GmbH als nahezu einziger in Betracht kommender Verkäufer in Österreich ihre Fahrzeuge ausschließlich an ausländische Eisenbahnunternehmen mit der Auflage eines Wiederverkaufsverbotes nach Österreich abgibt oder diese umgehend verschrottet. Dies bedeutet ungeachtet der Frage der Vernichtung von beachtlichen Werten vor allem ein Wettbewerbshemmnis für kleine und neueintretende Eisenbahnunternehmen.

Zugang zu von ÖBB-Unternehmen nicht genutzter ÖBB-Infrastruktur

Einige Strecken der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, die von ÖBB-PV bzw RCA nicht genutzt werden, befinden sich mangels entsprechender Erhaltung in einem nicht mehr befahrbaren Zustand, sind aber nicht gemäß Eisenbahngesetz eingestellt, unterliegen also der Betriebspflicht. Bislang ist offen, wie im Fall einer Trassenbestellung durch andere Eisenbahnverkehrsunternehmen auf solchen Strecken verfahren wird.

Entwicklung des Infrastrukturbenutzungsentgelts

Hinsichtlich der Festsetzung der Höhe des Infrastrukturbenutzungsentgelts (IBE) gibt es einerseits Vorgaben der EU, die grundsätzlich davon ausgehen, dass sich diese an den sozialen Grenzkosten zu orientieren haben. Andererseits ergibt sich aus dem hohen Investitionsvolumen der ÖBB eine jährliche Steigerung deutlich über der Inflationsrate.

Klar ist, dass die Höhe des IBE den intermodalen Wettbewerb entscheidend beeinflusst. Das Beispiel besonders teurer Bahnen zeigt, dass die Preiselastizität begrenzt ist, da ein Zusammenbruch insbesondere des Güterverkehrs nicht nur zu unerwünschten verkehrspolitischen Auswirkungen, sondern auch zu massiven Einnahmenverlusten des Infrastrukturbetreibers führt.

Österreich liegt bei den Tarifen für den Güterverkehr im Spitzenfeld der westeuropäischen Bahnen. Das heißt konkret, dass mit Ausnahme der extrem teuren polnischen, slowakischen und tschechischen Infrastruktur kaum ein EU-Land bei der Preisgestaltung teurer ist. Damit ist klar, dass ungeachtet der formalen Zulässigkeit der Spielraum für weitere Steigerungen ohne negative Auswirkungen auf den *modal split* äußerst begrenzt ist, sofern nicht parallel auch die Straßenmauten steigen.

6.7.4 Umsetzung der Eisenbahngesetznovelle 2004

Mit der Eisenbahngesetznovelle 2004 trat eine Reihe von Neuerungen in Kraft, die für die Regulierungsbehörde geänderte Zuständigkeiten nach sich zogen, andererseits aber auch neue Erfordernisse für die Eisenbahnunternehmen darstellten, die erst im Laufe des Jahre 2005 schrittweise umgesetzt werden konnten, darunter vor allem:

- Erstellung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen anstelle der früher vorhandenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Hier besteht die Verpflichtung der Infrastrukturbetreiber, sämtliche Bedingungen für die Nutzung der Infrastruktur in Form eines ausführlichen Kataloges bereits rund ein Jahr vor Inkraft-Treten der jeweiligen Fahrplanperiode zu veröffentlichen. Die Analyse dieser Unterlagen hinsichtlich möglicher Diskriminierungspotenziale bildete einen wesentlichen Teil der regulatorischen Arbeit der SCG/SCK im Jahr 2005, zumal hier aufgrund der erstmaligen Vorlage Kriterien und Erfahrungswerte erarbeitet werden mussten.
- Erfordernis der Beauftragung einer unabhängigen Trassenzuweisungsstelle, falls Infrastruktur und Verkehrsunternehmen nicht ausreichend getrennt sind: Um sicherzustellen, dass ein so genanntes „integriertes“ Eisenbahnunternehmen, also ein Unternehmen, das sowohl Infrastruktur als auch Verkehrsdienstleistungen (darauf) anbietet, andere zugangsberechtigte Verkehrsunternehmen nicht diskriminiert, ist gemäß Eisenbahngesetz und EU-Richtlinie in diesen Fällen die Beauftragung einer unabhängigen Stelle mit der Zugtrassenvergabe vorgeschrieben.

Im Laufe des Jahres 2005 erfolgte dies, wobei sich die integrierten Unternehmen mit einer Ausnahme der SCHIG (Schieneninfrastruktur-Dienstleistungs GmbH) bedienen. Die ROEEE/GySEV (Raaberbahn) hat die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG beauftragt. Letztere gilt als reines Infrastrukturunternehmen, insoweit die ÖBB-Holding AG keinerlei operativen Einfluss auf ihre Geschäftstätigkeit ausübt (§ 4 Bundesbahnstrukturgesetz) und darf unter dieser Voraussetzung, ebenso wie eine Reihe weiterer reiner Infrastrukturunternehmen, die Funktion der Trassenzuweisungsstelle selbst ausüben. Hiezu ist anzumerken, dass der ähnlich strukturierte DB-AG-Konzern derzeit einer kritischen Analyse durch die EU-Kommission hinsichtlich seiner Richtlinienkonformität unterzogen wird.

6.7.5 Ausblick auf 2006

Österreich hat mit der Umsetzung des Zweiten EU-Eisenbahnpakets in der Eisenbahngesetznovelle 2004 alle Vorgaben der europäischen Bahnliberalisierung erfüllt, Anfang 2006 steht die Umsetzung der so genannten ‚Sicherheitsrichtlinie‘ an, daneben lässt eine Reihe weiterer geplanter Änderungen im Eisenbahngesetz Verbesserungen für das Funktionieren des liberalisierten Eisenbahnmarktes erwarten. Auch wesentliche Änderungen im Aufgabenbereich der Schienen-Control GmbH sind zu erwarten.

Auf europäischer Ebene stehen das so genannte Dritte Eisenbahnpaket mit Lokführerschein und Personenverkehrsliberalisierung sowie Neufassung der Nahverkehrsrichtlinie zur Entscheidung an. Außerdem wird die EU-Kommission einen Bericht über die Ergebnisse der bisherigen Liberalisierungsschritte zur Diskussion vorlegen.

Die Schienen Control GmbH wird sich daher wie in der Vergangenheit bemühen, entsprechend ihrem Selbstverständnis als serviceorientierter Partner der Bahnen bei der Umsetzung der neuen wie alten gesetzlichen Bestimmungen unterstützend tätig zu sein und auftretende Konfliktfälle möglichst unbürokratisch und rasch, jedenfalls aber fair, zu lösen.

Liste der AutorInnen

Arbeiterkammer Wien - Abteilung Wirtschaftspolitik

Sonja Auer-Parzer: Geistiges Eigentum, Gewerberecht

Helmut Gahleitner: Wettbewerbspolitik und -recht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Ulrike Ginner: Wettbewerbspolitik und -recht, Unlauterer Wettbewerb

Mathias Grandosek: Post und Telekom, elektronische Medien

Dorothea Herzele: Dienstleistungspolitik, Wettbewerbspolitik, Freie Berufe

Vera Lacina: Fusionen und Übernahmen

Roland Lang: Industriepolitik, Wirtschaftsförderung, KMUs

Miron Passweg: Forschung und Beihilfen, Beihilfen, Branchenspezialisierung Eisen, Stahl, Metalle

Rudolf N Reitzner: Beschaffungswesen, Branchenspezialisierung Bauwirtschaft

Andreas Schieder: Wettbewerbspolitik

Arbeiterkammer Wien – Andere Abteilungen

Ines Hofmann, Abt Betriebswirtschaft: Bilanzanalyse, Wirtschaftsberatung

Werner Hochreiter, Abt Umwelt und Verkehr: Umweltschutz und Abfallpolitik

Jutta Repl, Abt KonsumentInnenschutz: Konsumentenschutzrecht; Reiserecht

Alice Wagner, Abt EU-Internationales: Dienstleistungsrichtlinie, Europarecht; Binnenmarkt

Valentin Wedl, Abt EU-Internationales: Europarecht; Binnenmarkt

Externe ExpertInnen

Roland Belfin, RTR GmbH, Assistent der Geschäftsführung.

Georg Fürnkranz, Geschäftsführer der Schienen Control GmbH.

Anne Marie Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwältin, Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG.

Sebastian Loudon, RTR GmbH, Assistent der Geschäftsführung.

Alfred Mair, Bundeskartellanwalt (BMJ).

Peter Matousek, Geschäftsstellenleiter der Bundeswettbewerbsbehörde.

Gustav Stifter, Bundeskartellanwalt-Stellvertreter (BMJ).

Klaus Wejwoda, Vorsitzender der Wettbewerbskommission.

Ditmar Wenty, Mitglied der E-Control Kommission.

Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
Prinz-Eugen-Straße 20–22, 1040 Wien, Telefon (01) 501 65 0



wien.arbeiterkammer.at