

Kartellgesetznovelle 2005

Konkursanfechtung von
Zahlungen in der Skontofrist

Wie nütze ich die Gestaltungsmöglichkeiten der
Stiftungsurkunde

EONov 2005
Änderungen bei der Lohnpfändung

Gewerberechtliche Aspekte des
Sozialbetrugsgesetzes

KSt-Befreiung
Das „Hong Kong-Erkenntnis“

Location Based Service im
Mobilfunknetzbereich

Die Kartellrechtsreform 2005 im Überblick

Dieses war der erste Streich, doch der zweite folgt sogleich – an diesen bekannten Vers Wilhelm Buschs wird mancher angesichts des für heimische Verhältnisse großen Tempos bei der Reformierung des österr Wettbewerbsrechts denken. Der folgende Beitrag stellt die wesentlichsten Elemente der RV eines KartG 2005 und einer Nov zum WettbG vor.

PETER MATOUSEK

A. EINLEITUNG

Die letzte gravierende Änderung des österr Wettbewerbsrechts liegt erst zweieinhalb Jahre zurück. Das WettbG¹⁾ richtete damals mit der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) eine – per Verfassungsbestimmung unabhängig gestellte – Verwaltungsbehörde mit Kernaufgaben in der Durchsetzung des (in Österreich bis dahin traditionell Gerichten anvertrauten) Kartell-, Marktmachtmissbrauchs- und Zusammenschlusskontrollrechts ein. Als zweite neue Amtspartei wurde der Bundeskartellanwalt verankert, und es wurden einige wichtige materielle Änderungen im KartG 1988 vorgenommen.

2004 brachte mit In-Kraft-Treten der VO 1/2003²⁾ eine Totalreform der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts (kurz GRt): Ein dezentral vollzogenes System der Legalausnahme ersetzte das bis dahin schwerpunktmäßig von der Europäischen Kommission (kurz K) vollzogene Anmeldesystem. Die nunmehr vorgelegten Entwürfe eines KartG 2005 und einer WettbG-Nov 2005 vollziehen diesen Paradigmenwechsel in Österreich nach.³⁾

B. KARTELLGESETZ 2005

1. LEGALAUSSNAHMESYSTEM

a) Kartellverbot

Angesichts des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts war es nur folgerichtig, den mit der VO 1/2003 gemachten Reformschritt auch in Österreich zu setzen und an Stelle des bisherigen Anmeldesystems einen Legalausnahmetatbestand zu verankern. Dabei

macht der Entw zu einem KartG 2005⁴⁾ mit der historisch gewachsenen, unübersichtlichen Kartelltypenlehre (weitgehend) Schluss und orientiert sich in Systematik, Begrifflichkeit und Rechtsfolgen klar am GRt. Das Kartellverbot (kurz KV) des § 1 Abs 1 des Entw des KartG 2005 entspricht dem KV des Art 81 Abs 1 EGV; dem Verbot widersprechende Verhaltensweisen sind „verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf“;⁵⁾ § 1 Abs 3 enthält wie Art 81 Abs 2 die Nichtigkeitsfolge für verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse. Die Sonderbestimmungen für Vertikale Vertriebsbindungen (II a. Abschnitt KartG 1988) und unverbindliche Verbandsempfehlungen (III. Abschn KartG 1988) werden ebenso beseitigt wie die Privilegierung der Wirkungskartelle (§ 10 Abs 1 letzter Halbsatz und § 11 Abs 1 letzter Halbsatz KartG 1988).

b) Empfehlungskartelle

Zusätzlich vom KV erfasst sind als Empfehlungskartelle kraft ausdrücklicher Anordnung (§ 1 Abs 4)

Der Autor ist Geschäftsstellenleiter der Bundeswettbewerbsbehörde.

- 1) BG über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), Art I des BG BGBl I 2002/62.
- 2) VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 1/2003, S 1; idF VO 1.
- 3) Die beiden RV haben in der im Beitrag besprochenen Form am 23. 6. 2005 den BR passiert (Anm d Verf).
- 4) Der Beitrag stützt sich auf die RV 926 BlgNR 22. GP, in der vom Justizausschuss geänderten Fassung (990 BlgNR 22. GP). Zitate beziehen sich idF auf den Entw; das dzt (15. 6. 2005) geltende Kartellgesetz wird als KartG 1988 bezeichnet.
- 5) Art 1 Abs 1 VO 1.

Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen etc, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird. Davon ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.

Die Sondernorm des Abs 4 ist nur auf nicht ohnehin schon dem Abs 1 unterliegende Empfehlungen anzuwenden. Das KV erfährt hier also (in Ausübung der Befugnis des Art 3 Abs 2 VO 1, „strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen“) eine Ausdehnung gegenüber dem GRt.

c) Ausnahmen vom Kartellverbot

Auch beim Legalausnahmetatbestand wird (zumindest tw) ein Gleichklang mit dem GRt herbeigeführt: § 2 Abs 1 reproduziert Art 81 Abs 3. Jedenfalls vom KV ausgenommen (§ 2 Abs 2) sind zB Bagatellkartelle (iS § 16 KartG 1988),⁶⁾ Preisbindungen im Verlagswesen und bestimmte Vereinbarungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben.

d) Marktmachtmissbrauch

Die Bestimmungen über Marktmachtmissbrauch sind im Wesentlichen unverändert geblieben; nennenswert ist bloß der Entfall der ohnehin als totes Recht einzustufenden Sonderregeln für Missbräuche durch Medienunternehmen (§ 35 Abs 2 bis 5 iVm § 42 c Abs 1 KartG 1988); eine Erteilung von Aufträgen durch das Kartellgericht (kurz KG) ist nur mehr im Rahmen des § 26 möglich.

2. ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

a) Kooperative Gemeinschaftsunternehmen

Kooperative Gemeinschaftsunternehmen (kurz GU) werden nach dem Vorbild des GRts in die Zusammenschlusskontrolle einbezogen; dies geschieht durch Wegfall der in § 41 Abs 2 Z 2 KartG 1988 enthaltenen Einschränkung, nach der die Gründung eines GU nur dann als Zusammenschluss (kurz Z) gilt, wenn diese keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zum GU mit sich bringt.

Künftiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der beteiligten Unternehmen ist durch eine Nichtuntersagung des Z aber nicht „freigestellt“. Es „unterliegt weiterhin dem KV nach § 1 und ist nur unter den allgemein geltenden Ausnahmeregelungen zulässig.“⁷⁾

b) Aufgriffsschwellen

Bei den Aufgriffsschwellen für Z sind folgende Änderungen geplant: (i) Die Umsatzschwellen müssen jeweils überschritten werden („mehr als ...“). (ii) Zwei der drei Schwellen werden merkbar angehoben (Gesamtumsatz im Inland von € 15 Mio auf € 30 Mio weltweiter Umsatz mindestens zweier Unternehmen von € 2 Mio auf € 5 Mio; § 9 Abs 1 Z 2, 3). (iii) Bestimmte – an sich von der Anmelde-

pfligt erfasste – Z ohne Inlandsauswirkungen werden von dieser Pflicht wieder befreit. Nach dem neuen § 9 Abs 2 sind von der Anmeldepflicht nach Abs 1 nämlich Z ausgenommen, bei denen nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als € 5 Mio Umsatz erzielt und die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als € 30 Mio Erlösen. „Diese Bestimmung zielt auf den Fall ab, dass am Zusammenschluss ein (einziges) großes österreichisches Unternehmen und ein oder mehrere kleine ausländische Unternehmen beteiligt sind.“⁸⁾

c) Anmeldung und Verfahren

Der Tatsache, dass der Schwerpunkt der ersten Verfahrensphase eines Z-Kontrollverf schon jetzt bei der auch zu Ermittlungen berufenen BWB liegt, Rechnung tragend, werden Z hinkünftig bei der BWB anzumelden sein (§ 9). Dafür fällt eine Pauschalgebühr von € 1.500,- an (§ 10 a WettbG idF Entw WettbG-Nov 2005).⁹⁾

Unverzüglich nach Einlangen der Anmeldung hat die BWB die Anmeldung öff bekannt zu machen (§ 10 Abs 3 Z 2 KartG 2005). Berührte Unternehmer haben ein befristetes (14 Tage) Äußerungsrecht.

Die Frist für die Stellung eines Prüfungsantrags beginnt nach neuer Rechtslage mit Einlangen der (ordnungsgem vergewährten; § 10 a WettbG neu) Anmeldung bei der BWB; die Antragstellung ist von der BWB unverzüglich öff bekannt zu machen. Berührte Unternehmen können im Prüfverf (unbefristet) gegenüber dem KG schriftliche Äußerungen abgeben.

Die (mit 5 Monaten nominell unveränderte) Entscheidungsfrist für das KG beginnt allerdings erst mit Einlangen des Prüfungsantrags (bzw des ersten von zwei Prüfungsanträgen) beim Gericht, sodass sich de facto die Dauer von Verf, in denen ein Prüfungsantrag gestellt wurde, bis zu ca 4 ½ Wochen (Frist zur Stellung eines Prüfungsantrags zzgl Postlauf) verlängert.

d) Auflagen und Zusagen

Zu beachten ist, dass Auflagen (wieder) Beschränkungen gleichgestellt werden: Wurde die Durchführung eines Z „mit Beschränkungen oder Auflagen iSd § 12 Abs 3 nicht untersagt“, ist die Durchführung „anders als mit diesen Beschränkungen oder Auflagen verboten“ (§ 17 Abs 2, 1. Satz). Gleiches gilt für Beschränkungen oder Auflagen, zu deren Einhaltung sich die am Z beteiligten Unternehmer gegenüber einer Amtspartei „verpflichtet haben, um die Unterlassung oder Zurückziehung eines Prüfungsantrags zu erreichen“ (§ 17 Abs 2, 2. Satz).

6) Anders als nach KartG 1988, nach dem ihre Durchführung ex post untersagt werden kann (§ 25 Abs 1 KartG 1988), ist diese Ausnahme irreversibel.

7) Vgl Besonderer Teil der Erläut zum Entw, S 12.

8) AaO, S 14.

9) RV 942 BlgNR 22. GP, in der vom Justizausschuss geänderten Fassung (991 BlgNR 22. GP).

Die Zuwiderhandlung gegen eine (vom Gericht verhängte) Auflage kann darüber hinaus auch nachträgliche Maßnahmen (§ 16) zur Folge haben.

3. RECHTSDURCHSETZUNG

a) Allgemeines

Anders als das geltende, zahlreiche Verfahrensarten kennende KartG soll das KartG 2005 sich auf einige wenige, dem GRt nachgebildete Instrumente stützen: Abstimmung von Zuwiderhandlungen (§ 26; ggfs auch in einem Provisorialverf: § 48), Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen (§ 27), Feststellungen (§ 28), Verhängung von Geldbußen (§ 29) und Zwangsgeldern (§ 35).

b) Abstimmung von Zuwiderhandlungen

Das KG hat Zuwiderhandlungen gegen die im ersten Hauptstück enthaltenen Verbote¹⁰⁾ abzustellen und die hierzu erforderlichen Aufträge zu erteilen. Letztere dürfen nicht unverhältnismäßig sein, können aber bis zur Änderung der Unternehmensstruktur gehen, wenn keine anderen gleich wirksamen Maßnahmen zur Verfügung stehen oder diese mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmer verbunden wären (§ 26).

c) Verpflichtungszusagen

Statt der in § 26 vorgesehenen Abstimmung kann das KG Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmer (vereinigungen) für bindend erklären (§ 27), wenn „zu erwarten ist, dass diese Zusagen künftige Zuwiderhandlungen ausschließen.“¹¹⁾ § 27 Abs 2 regelt die Wiederaufnahme des Verf analog zu Art 9 Abs 2 VO 1.

d) Feststellungen

Nach § 28 des Entw hat das KG festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem Gesetz unterliegt; soweit ein berechtigtes Interesse daran besteht in Abweichung von der dtzg Rsp¹²⁾ auch dann, wenn die Zuwiderhandlung gegen ein im ersten Hauptstück enthaltenes Verbot bereits beendet ist.

Feststellungen über die Anwendbarkeit der Art 81 und 82 EGV sollen aber (weiterhin) nicht möglich sein: „Das Kartellgericht kann ... keine gemeinschaftsrechtlichen ‚Negativatteste‘ ausstellen.“

Der Strafraum für Geldbußen (§ 29) wurde dem GRt angeglichen: 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes für Verstöße gegen das materielle Kartellrecht, 1% für unzutreffende Angaben in Z-Anmeldungen, Nichtbefolgung einer E des KG nach § 19 Abs 3 oder eines Auftrags nach § 11 a WettbG neu (entspricht § 11 Abs 5 WettbG) oder unrichtige, irreführende oder unvollständige Angaben in Befolgung eines solchen Auftrags. Untergrenzen für Geldbußen gibt es keine mehr.

Das KG kann zur Durchsetzung von Abstimmungsentscheidungen, einstweiligen Verfügungen, Verpflichtungsentscheidungen und Aufträgen nach § 16 (Nachträgliche Maßnahmen bei Z) oder § 11 a WettbG neu Zwangsgelder in der Höhe von bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten

durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Verzugs von dem in seiner Entscheidung bestimmten Zeitpunkt an verhängen (§ 35).

4. SONSTIGES

- Die Zweifel daran, ob in allen Verf Vergleiche geschlossen werden können, werden durch § 34 (Exekution auf Grund kartellgerichtlicher Beschlüsse und Vergleiche) beseitigt.
- Die – im Übrigen zumindest im Anwendungsbereich der VO 1 klar gemeinschaftsrechtswidrige¹³⁾ – Länderbereichsausnahme soll beseitigt werden (§ 24 Abs 1; Verfassungsbestimmung).
- Geschäftsgeheimnisse werden im Verf vor dem KG nunmehr besser geschützt: auf Antrag einer Amtspartei eingeleitete Verf können nur mit Zustimmung dieser Amtspartei mit einem anderen Verf verbunden werden; am Verf nicht als Partei beteiligte Personen haben nur mit Zustimmung der Parteien Akteneinsicht (§ 39).
- Das KG darf (unabhängig von der Anwendung der neuen Kronzeugenregelung; s gleich unten) keine höhere Geldbuße verhängen als beantragt (§ 36 Abs 1).
- In-Kraft-Treten des KartG 2005 (und der WettbG-Nov 2005): 1. 1. 2006.

C. ÄNDERUNGEN DES WETTbG UND DES NAHVERSG

1. WETTbG: KRONZEUGENREGELUNG

Da es im Interesse einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist, Unternehmen, die mit den Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung von kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen zusammenarbeiten (Kronzeugen), eine begünstigende Behandlung zu gewähren, haben K und eine Reihe von MS Kronzeugenprogramme eingeführt. In Österreich gilt zwar, dass im Fall der verbotenen Durchführung eines Kartells nach § 142 Z 1 lit a KartG 1988 bei der Bemessung der Geldbuße (neben anderen Faktoren) auch auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen ist, die Gewährung eines Kronzeugenstatus ist aber derzeit nicht möglich.

Dies soll mit dem Entw geändert werden, indem in enger Anlehnung an die entsprechende Bekanntmachung der K¹⁴⁾ Kriterien für die Ausübung des (sich schon aus § 2 Abs 2 WettbG ergebenden) Ermessens der BWB bei der Stellung von Geldbußenanträgen (oder dem Verzicht auf ein solches Vorgehen) festgesetzt werden. Gem § 11 Abs 3 des Entw kann die BWB nämlich unter bestimmten Umständen

10) Also das Kartellverbot (§ 1), das Marktmachtmissbrauchsverbot (§ 5), das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen (§ 6) und das Durchführungsverbot von Zusammenschlüssen (§ 17).

11) Vgl dazu die etwas abweichenden Voraussetzungen des Art 9 Abs 1 VO 1.

12) 16 Ok 8/02.

13) Im Widerspruch zu Art 35 VO 1 fehlen hier zuständige Wettbewerbsbehörden.

14) Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen; ABI C 45/2002, S 3.

den davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße zu beantragen. Die Voraussetzungen dafür sind, dass die Unternehmer(vereinigungen) ihre Mitwirkung an der Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG 2005 oder Art 81 Abs 1 EGV eingestellt haben, die BWB über die Zuwiderhandlung informieren, bevor sie von dem Sachverhalt erfahren hat, andere Unternehmer(vereinigungen) nicht zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen haben und in der Folge zwecks vollständiger Aufklärung des Sachverhaltes mit der BWB uneingeschränkt und zügig zusammenarbeiten.

Hat die BWB von dem Sachverhalt bereits erfahren, kann sie bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (Ende der Mitwirkung, keine Zwangsausübung, volle Kooperation mit der BWB) eine geminderte Geldbuße beantragen. Geht die BWB nach den beschriebenen Bestimmungen vor, entfällt „die Berechtigung des Bundeskartellanwaltes, wegen der gegenständlichen Zuwiderhandlung einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße zu stellen“ (§ 36 Abs 3 KartG 2005).

Eine rechtsunverbindliche Mitteilung (§ 11 Abs 5) der BWB soll Unternehmern oder Unternehmervereinigungen Orientierung verschaffen, ob sie für die Zuerkennung der Kronzeugeneigenschaft in einer der beiden möglichen Varianten in Frage kommen. Bescheidqualität kommt einer derartigen Mitteilung lt Erläut aber nicht zu.

Die BWB ist verpflichtet, als Serviceleistung für Bewerber um Kronzeugenstatus in einem Handbuch Transparenz über ihre Praxis bei der Durchführung der Kronzeugenregelung zu schaffen (§ 11 Abs 4).

Ergänzt wird die Kronzeugenregelung durch einen § 11 Abs 6, der es der BWB verbietet, Informationen aus dem Netzwerk der Wettbewerbsbehörden infolge eines Ersuchens um Kronzeugenbehandlung als Grundlage für einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße heranzuziehen. Der BWB bleibt es aber unbenommen, Ermittlungen aufgrund von Informationen aus anderen Quellen als dem Netzwerk einzuleiten und auf Grundlage der Ermittlungsergebnisse Geldbußenanträge zu stellen.¹⁵⁾

2. NAHVERSORGUNGSGESETZ

Hier soll die Antragsbefugnis der Finanzprokurator durch eine der Amtsparteien nach KartG, BWB und Bundeskartellanwalt, ersetzt werden.

15) Diese Regelung entspricht der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (2004/C 101/03), Rz 39.

SCHLUSSSTRICH

Der erst vor zwei Jahren durchgeführten institutionellen Reform des österr Wettbewerbsrechts (Einrichtung der neuen Behörden BWB und Bundeskartellanwalt) soll nun auch materiell- und verfahrensrechtlich eine Neuorientierung folgen: Ein Legalausnahmesystem nach Muster des Gemeinschaftsrechts bringt das Ende der Kartelltypenlehre. Ein Kronzeugenprogramm soll die Kartellbekämpfung noch effektiver gestalten.