

Besonderheiten des Kartellverfahrens – in Stichwörtern für Juristen

Walter Brugger

1. Allgemeines

- Es gilt das Außerstreitverfahren mit Besonderheiten
- 2 Amtsparteien: BWB (mit paritätisch bestellter Wettbewerbskommission als Hilfs- und Beratungsorgan), BKA

Anmerkung: je ein Mitglied und ein Ersatzmitglied der Wettbewerbskommission wird entsandt (Vorschlagsrecht) von WKÖ, BAK, Präsidentenkonferenz und ÖGB (= 4 Mitglieder/Ersatzmitglieder; restliche 4 Mitglieder/Ersatzmitglieder nicht sozialpartnerschaftlich vorgeschlagen) – das sind Nachwehen des abgeschafften Paritätischen Ausschusses beim Kartellgericht

keine Amtsparteienbeteiligung hingegen bei Vertragshilfe gegen Sperren

- die WKÖ, BAK und Präsidentenkonferenz als ehemalige Amtsparteien und (neu) die Regulatoren sind zwar nicht Amtsparteien, aber haben
 - Recht, in allen Verfahren Stellungnahmen abzugeben (§ 49)
 - umfangreiche Antragsrechte (§ 8a Abs 2, § 25 Abs 3, § 27 Abs 2, § 30c Abs 2, § 33 Abs 2, § 37)
- Untersuchungsgrundsatz im Anzeige- und Genehmigungsverfahren, nicht aber im (kontradiktorischen) Mehrparteienverfahren
- Kostenersatz nach ZPO nur im Verfahren über Vertragshilfe gegen Sperren
Sonst: Kostenersatzpflicht der unterliegenden Partei nur bei Mutwillen (§ 45 Abs 2) in den kontradiktorischen Verfahren nach § 8a, § 25 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 27 Abs 1 Z 2, § 30c Abs 1, § 33 Abs 1 Z 1a u Z 2, § 35, § 36, § 42a Abs 5 und § 42e Abs 3;
16 Ok 10/04: Dies gilt allgemein analog auch im Rechtsmittelverfahren.
- Schriftlichkeit; Verhandlungen nur über Antrag einer Partei
- Rekursfrist 4 Wochen, zweiseitiger Rekurs; keine Vorstellung
- Kein Neuerungsverbot (?)
KOG 26.02.1996, 16 Ok 5/95, 6/95: Im Kartellverfahren sind auch Neuerungen, die sich aus Gesetzesänderung ergeben, zu berücksichtigen.
KOG 16 Ok 5/98: Tatsachen- und Beweisrüge scheitert am Unmittelbarkeitsgrundsatz.
16 Ok 1/97: Zwar sind gemäß § 11 Abs 2 Satz 2 AußStrG Rekurse in nicht streitigen Rechtssachen auch nach Ablauf der Rekursfrist von der ersten Instanz dem Rekursgericht vorzulegen. Das Rekursgericht darf aber auf verspätete Rekurse nur dann Rücksicht nehmen, wenn sich "die Verfügung noch ohne Nachteil eines Dritten abändern lässt" (§ 11 Abs 2 Satz 1 AußStrG); andernfalls sind sie zurückzuweisen, etwa wenn ausgesprochen wurde, dass kein anmeldebedürftiger Zusammenschluss vorliegt.
- Einschränkung der Schiedsbarkeit bei Streitigkeiten aus Kartellvertrag (§ 124)
OGH 16.12.2003, 1 Ob 270/03t: Diese Einschränkung gilt nicht für Verträge über vertikale Vertriebsbindungen

2. Einstweilige Verfügungen (§ 52) möglich bei:

- Untersagung Kartell (§ 25; auch Widerruf Kartellgenehmigung nach § 27 Abs 1 Z 2)
- richterliche Vertragshilfe (§ 30); Sicherheitsleistung anordenbar
- Untersagung Vertriebsbindung (§ 30c)
- Missbrauchsuntersagung (§ 35, 36)
- Maßnahmen nach NVG (§ 7 Abs 4 NVG)

Antragsgegner ist vorher anzuhören (§ 52 Abs 4)

Rekurs hat keine aufschiebende Wirkung, außer wenn über Antrag zuerkannt

Im Übrigen: sinngemäße Anwendung der EO

16 Ok 9/03: Der § 394 EO ist aber bei von Amtsparteien oder Regulatoren beantragter EV nicht anzuwenden

3. Feststellungsantrag (§ 8a KartG) "ob und inwieweit ein Sachverhalt diesem Bundesgesetz unterliegt" zulässig

unterscheide davon den von "rechtlich oder wirtschaftlich berührten" Unternehmern oder Interessensverbänden oder den Amtsparteien oder ehemaligen Amtsparteien oder Regulatoren eingebrachten:

- Untersagungsantrag § 25 Abs 3 (KOG 20.12.1999, 16 Ok 9/99: Keine Antragslegitimation eines Taxiunternehmers mit ruhender Konzession, wenn er nicht in absehbarer Zeit das Gewerbe wieder aufnehmen will)
- Untersagungsantrag § 30c Abs 2
- Abstellungsantrag § 37
- Feststellungsantrag nach § 42a Abs 5

- Antragslegitimation § 8a Abs 2 KartG (keine Popularklage, kein amtswegiges Einschreiten des KG)
- Problem: Nur Beurteilung solcher Tatsachen, die sich im Entscheidungszeitpunkt so weit verwirklicht haben und noch andauern müssen, dass sie einer materiellrechtlichen Bestimmung des KartG unterstellt werden können (26 Kt 370/03); keine "nachträgliche" Feststellungskompetenz oder Kartelluntersagung oder Missbrauchsabstellung und keine vorbeugende Verfügung (vgl 16 Ok 7/01; 16 Ok 8/02; 16 Ok 7/02; 16 Ok 10/02)

26 Kt 370/03: Die Frage, ob ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss vorliegt, kann mit einem Feststellungsantrag erst dann an das KG herangetragen werden, wenn der Erwerbsvorgang auch schon angemeldet werden könnte.

Diesbezüglich Spannungsverhältnis zu Art 7 Abs 1 VO 1/2003; siehe auch § 42f KartG; Novellierungsbedarf?

- Umweg über § 1 UWG (zB Zivilverfahren 4 Ob 201/02 s Tretorn war schneller als Kartellverfahren 16 Ok 19/03)
- Außenseiterklagen (zB SchE gg Kartell) bei ord Gericht/allg Zuständigkeit; ebenso zB Leistungs- und Feststellungsklage bei Sperre (allerdings nur binnen 4 Wochen nach Antrag auf Vertragshilfe)

4. Kartellregister (§§ 69-78)
 - 3 Abteilungen K, V, Z (Kartelle, Verbandsempfehlungen, Zusammenschlüsse) samt Urkundensammlung und Hilfsverzeichnissen beim Kartellgericht
 - öffentlich

5. Gerichtsgebühren (§§ 79-87)
 - Vertragshilfe gegen Sperre: GGG (Bemessungsgrundlage EUR 7.200,--)
 - Sonst Rahmengebühr (§ 80, § 84) zzgl SV-Gebühren
16 Ok 19/02: Jeder Antragsgegner gilt als 1 Verfahren, daher Multiplikation der Verfahrensgebühr bei mehreren Antragsgegnern.
 - Zahlungspflicht im kontradiktorischen Verfahren nach Prozesserfolg (§ 82 Z 3 lit c), sonst der Antragsteller/Anmelder
 - Gänzlich erfolgloses Verfahren über Antrag einer Amtspartei (§ 82 Z 3 lit a) ist aus Amtsgeldern zu zahlen (16 Ok 1/01)

6. Gerichtsbesetzung (nicht mehr Sondergericht!) – Anm: nach gemeinschaftsrechtlicher Terminologie ist das KG (mit der BWB) die nationale Wettbewerbs"behörde" (competition authority und nicht national court)
 - a) KG (genauer: Oberlandeslandesgericht Wien als Kartellgericht) hat 5 Senate mit 6 Berufsrichtern und 15 Laienrichtern; jeder Senat besteht aus:
 - 2 Berufsrichter (Vorsitzender, Beisitzer)
 - 2 fachkundige Laienrichter

 - b) KOG (genauer: Oberster Gerichtshof als Kartellobergericht) im einfachen Senat:
 - 3 Berufsrichter (Vorsitzender, 2 Beisitzer)
 - 2 fachkundige Laienrichterallenfalls Verstärkter Senat:
 - 7 Berufsrichter
 - 2 fachkundige Laienrichter

 - c) Senatsvereinfachung:
 - Vorsitzender des KG: Zwischenerledigungen; Endentscheidungen nur über Antrag/Zustimmung aller Parteien
 - Dreiersenat des KOG: Rechtsmittel gegen E des KG-Vorsitzenden sowie über Gebühren und Kosten

- d) Abstimmung beginnt bei ältestem Laienrichter; bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden (§ 93), was insb bei KG Bedeutung hat.
- e) Laienrichter zur Hälfte entsandt (Vorschlagsrecht) von WKÖ und BAK (§ 89 Abs 3)

16 Ok 24/03: War ein fachkundiger Laienrichter des KG mit Interessenvertretungsaufgaben in Gesprächen zwischen WKÖ, den Fachverbänden und der BWB befasst, ist er als Bevollmächtigter (§ 20 Z 4 JN) anzusehen und die erstgerichtliche Entscheidung als nichtig aufzuheben.

1 Nc 67/04z: Über die Befangenheit eines fachmännischen Laienrichters des KOG entscheidet nach § 6 OGHG ein aus 5 Berufsrichtern bestehender Senat.

7. Besondere Sachverständige: "12 allgemein beedete gerichtliche Sachverständige in Kartellangelegenheiten" in einer besonderen Sachverständigenliste auf die Dauer von je 5 Jahren (§ 103)

8. **Kartellanmeldung** ("Verekelungsprinzip")

- Kartellbevollmächtigter (§§ 54-56)
- Normierter Mindestinhalt und Mindestbeilagen von Genehmigungsanträgen, Mindestinhalt der Kartellvereinbarung (§§ 60-63); Formverbesserungsauftrag mit Fristsetzung (§ 65)
- Gleichschriften für Gerichtsakt, Urkundensammlung, Amtsparteien (und allf sonstige Parteien)
- Vor Abweisung muss Kartellgericht Chance zur "Verbesserung" (= Inhaltsänderung) von Kartellen gewähren (§ 68).
- Auftrag an den Kartellbevollmächtigten zu jährlichem Bericht (§ 66)

Kartelluntersagung und Kartellgenehmigungswiderruf

- Amtswegige Kartelluntersagung nach Abweisung der Kartellanmeldung oder Zurückweisung wegen unverbesserter Formmängeln
- Sonst Kartelluntersagung nur auf Antrag (Antragslegitimation § 25 Abs 3)
- Widerruf der Kartellgenehmigung nur auf Antrag (Antragslegitimation § 27 Abs 2)

9. **Anzeige Vertriebsbindung**

- Gleichschriften, "Vereinbarungsmuster" (§ 30b)
- Keine ausdrückliche Inhaltsverbesserungschance wie bei Kartellen und Verbandsempfehlungen

Vertriebsbindungsuntersagung

- Nur auf Antrag (§ 30c)

10. Anzeige Verbandsempfehlung (§ 67)

- Mindestinhalt (§ 67 Abs 1)
- Formverbesserungsauftrag mit Fristsetzung (§ 67 Abs 2)
- Vor Abweisung muss Kartellgericht Chance zur "Verbesserung" (= Inhaltsänderung) von Verbandsempfehlungen gewähren (§ 68).

Widerrufsauftrag

- Amtswegig bei Zurückweisung der Anzeige
- Amtswegig nach Ablauf von 5 Jahren
- Über Antrag wenn vor Ablauf der Monatsfrist hinausgegeben oder wenn volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt; Antragslegitimation § 33 Abs 2

11. Missbrauchsabstellungsantrag

- Antragsberechtigung (§ 37)
- Der Abstellungsauftrag kann auch die Einhaltung angemessener Vertragskonditionen auftragen (vgl 16 Ok 14/03)
- Entflechtung oder Lizenzvergabeauftrag bei Wiederholungsgefahr nur bei Medien (§ 35 Abs 2)
- Behauptungs- und Beweislastregeln wie bei Streitverfahren (16 Ok 8/02)
- Urteilsveröffentlichung durch obsiegende Partei bei berechtigtem Interesse (§ 38)

12. Zusammenschlussanmeldung

- "beabsichtigte Anmeldung" – Vorwegprüfungsverzicht des BKA (§ 118 Abs 2 KartG), Prüfungsverzicht der BWB (idR erst) nach Anmeldung bzw nach "Modifikationen" der Anmeldung (§ 10 Abs 5 WettbG)
- "vorzeitige Anmeldung" (im Unterschied zur alten FKVO und ähnlich mit der neuen FKVO 139/2004) zulässig.
KOG 23.06.1997, 16 Ok 4/97: Frühest zulässige Anmeldung des Zusammenschlusses von Versicherungsunternehmen, sobald grundsätzliche Einigung über Strukturen und Zeitplan der Umsetzung; Feststellungsverfahren nur zur Lösung materiellrechtlicher Fragen zulässig.
26 Kt 370/03: Es kann auch ein bloßes Zusammenschlussvorhaben angemeldet werden, sobald die ernstliche Absicht erkennbar ist, den Zusammenschluss in absehbarer Zeit vorzunehmen. Es muss zumindest eine grundsätzliche Einigung über die genauen Strukturen des Zusammenschlusses und den Zeitplan vorliegen (ebenso 16 Ok 4/97).
- Mindestinhalt der Anmeldung (§ 68a)
- Formverbesserungsauftrag mit Fristsetzung (§ 65 iVm § 68a Abs 2).

16 Ok 4/97: Ein amtswegiger Verbesserungsauftrag kann nur innerhalb der vierwöchigen Frist des § 42b Abs 1 KartG erteilt werden und verlängert die 4-wöchige Frist zur Stellung eines Prüfungsantrages nur dann faktisch, wenn den Amtsparteien nicht bereits zuvor Gleichschriften zugestellt worden sind. KOG 10.03.2003, 16 Ok 2/03: Verbesserungsantrag der Bundeswettbewerbsbehörde (oder einer anderen Amtspartei, vgl KOG 23.06.1997, 16 Ok 4/97) unterbricht oder verlängert den Ablauf der Frist von 4 Wochen zur Stellung des Prüfungsantrags nicht.

- Nicht zwingendes Formular der BWB, Unterlagen laut Formular; das ist kein Formular laut VO nach § 68a Abs 3
- 4-fach (1 x f Gericht, 2 x f Amtsparteien, 1 x [ev um Geschäftsgeheimnisse gekürzt] f Kartellregister Abteilung Z/Urkundensammlung) und allf sonstige Parteien (?)
- Zustellung an Amtsparteien = Beginn 4-wöchige Antragsfrist Amtsparteien (§ 42b Abs 1) (Wettbewerbskommission kann Stellungnahme an BWB abgeben)
- Bekanntmachung der Anmeldung in Wiener Zeitung (§ 42a Abs 3) = Beginn 2-wöchige Äußerungsfrist jedes betroffenen Unternehmers (§ 42a Abs 3a).
16 Ok 21, 22/03: Diese haben aber keine Parteistellung und keine Rechtsmittelbefugnis.
- Keine ausdrückliche Inhaltsverbesserungschance wie bei Kartellen und Verbandsempfehlungen, aber "Modifikationen" der Anmeldung (vgl § 10 Abs 5 WettbG) üblich (ähnlich den "remedies" oder "commitments" im Verfahren nach der FKVO und Kommissionsbekanntmachung C 68 vom 2.3.2001); Genehmigung mit Beschränkungen und Auflagen möglich (§ 42b Abs 4), zB Verhaltensaufgaben (vgl 29 Kt 5/04, 29 Kt 70/04);
über Antrag ist nachträgliche Änderung oder Aufhebung der Beschränkungen oder Auflagen möglich (§ 42b Abs 4);
über Antrag auch Auftrag zu nachträglichen Maßnahmen möglich (§ 42b Abs 7).
- 5-monatige Entscheidungsfrist in 1. Instanz; 2-monatige Entscheidungsfrist für KOG (§ 42b Abs 5).
KOG 17.12.2001, 16 Ok 10/01: Die fünfmonatige Frist nach dem Einlangen der Anmeldung, innerhalb der das Kartellgericht den Zusammenschluss untersagen kann, ist gewahrt, wenn die Entscheidung des Gerichts vor Fristablauf gefällt wird, weil es auf die rechtzeitige Selbstbindung des Gerichts (Abgabe der Urschrift der Entscheidung an die Geschäftsstelle) ankommt. KOG 17.12.2001 16 Ok 9/01: Wird durch das Rekursgericht die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die RS an das Erstgericht zurückverwiesen, beginnt die fünfmonatige Frist neu zu laufen.
- Entscheidungsveröffentlichung (§ 42b Abs 6)
- Gefahr bei Anmeldung eines GU: kein Zusammenschluss sondern Kartell
16 Ok 3 /04: Die Anmeldung eines Zusammenschlusses kann nach einem über Antrag der Amtsparteien eingeleiteten Prüfungsverfahren und erstgerichtlicher Entscheidung (hier Feststellung, dass kein Zusammenschluss, sondern ein Kartell vorliege) nicht mehr zurückgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für die Rückziehung der Anmeldung auch unter Beachtung der hier analog heranzuziehenden Bestimmungen der ZPO (Zustimmung des Antragsgegners; "Anspruchsverzicht") nicht vorliegen.

13. Ermittlungsbefugnis der BWB zu Wahrung von KartG und Art 81, 82 EG

- Ermittlungen (§ 11 WettbG + AVG), insb Unterlagen einsehen und kopieren sowie Auskünfte verlangen
 - Hausdurchsuchungen "dawn raids" (§ 12 WettbG wegen Verdachtes oder wegen Nachprüfungsentscheidung der EK) über Anordnung des Vors des KG (AußStrG) + § 142, § 145 StPO sinngemäß (aber keine Bestätigung nach § 142 Abs 4 Satz 2 StPO) – Rekurs keine aufschiebende Wirkung – beachte daneben VO 1/2003, VO 773/2004
 - Überwachung Telekommunikation (§ 149a ff StPO) etc nur im gerichtlichen Strafverfahren
 - Jeweils mit Hilfe der Polizei (§ 14 WettbG), wenn Polizei/StA nicht ohnedies zB wegen § 168b StGB gleichzeitig (parallel) ermittelt und anwesend ist
 - Ermittlungsergebnis mitteilen zwecks Stellungnahme (§ 13 WettbG) bei beabsichtigtem Antrag der BWB nach KartG
14. Statt Kartellstrafrecht (Geld- und Haftstrafen) gg Individuen (Vorstrafenregister): nun seit 1.7.2002 **"Bußgeld"** durch Kartellgericht über Antrag einer Amtspartei gg Unternehmen und Kartellbevollmächtigte mit allfälliger Entscheidungsveröffentlichung (§ 143b) = Entkriminalisierung
- Verjährung: 3 Jahre
- Weiterhin **Strafrecht/Strafgericht**: § 168b StGB (Bieterkartell bei Vergabeverfahren nach Vergabegesetz, "Submissionskartell", "bid rigging")
- Verjährung: 5 Jahre (§ 57 Abs 3 StGB)
- echte Konkurrenz zu § 145 StGB (?)
15. Alle hier zitierten Texte (KartG, NVG, WettbG, Gemeinschaftsrecht) siehe: www.dbj.at/kartell