

Besonderheiten des Kartellverfahrens – in Stichwörtern für Juristen

Walter Brugger und Elisabeth Stichmann

(Fassung März 2006)

1. Allgemeines

- Es gilt das Außerstreitverfahren mit Besonderheiten (§ 38¹); das KG weist nicht-deutschsprachige Urkunden als untaugliches Beweismittel zurück, weil Deutsch die "Staatsprache" der Republik ist (vgl BWB-Mitteilung v 21.3.2006).
- 2 Amtsparteien (§ 40): 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; weisungsfrei und Amtsverschwiegenheit; BWB ist organisatorisch beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit angesiedelt

- die WKÖ, BAK und Präsidentenkonferenz als ehemalige Amtsparteien und die Regulatoren sind zwar nicht Amtsparteien, aber haben
 - Recht, in allen Verfahren Stellungnahmen abzugeben (§§ 45, 46)
 - umfangreiche Antragsrechte (gem § 36 Abs 4 mit Einschränkungen § 36 Abs 2, 3)
- generell Untersuchungsgrundsatz, nicht aber im kontradiktorischen kartellgerichtlichen Verfahren (insb Abstellungs- oder Feststellungsantrag)
- Kostenersatz im kontradiktorischen Verfahren sinngemäß nach den Bestimmungen der ZPO, dh Zahlungspflicht der unterliegenden Partei nur bei Mutwillen (§ 41); Amtsparteien sind von der Kostenzahlungspflicht befreit.

16 Ok 10/04: Dies gilt allgemein analog auch im Rechtsmittelverfahren.

Anmerkung: kein Kostenersatz für die Rahmengebühr betreffend das Verfahren über die Zusammenschlussprüfung; generelle Zahlungspflicht des Anmelders

- Schriftlichkeit; Verhandlungen nur über Antrag einer Partei (§ 47)
- Rekursfrist 4 Wochen, zweiseitiger Rekurs (§ 49); keine Vorstellung – Grundsatz der Einmaligkeit (KOG 14.6.2004, 16 Ok 5/04)
- Kein Neuerungsverbot (?)
Nach § 49 AußStrG sind Neuerungen Tatsachen und Beweismittel) grundsätzlich insoweit zu berücksichtigen, als sie nicht unangefochtene Teile des Beschlusses zum Gegenstand haben und sie nicht vor Erlassung des Beschlusses hätten vorgebracht werden können obwohl sie bereits vorhanden waren (Ausnahme: bei entschuldbarer Fehlleistung der Unterlassung des Vorbringens). Neuerungen die im Zeitpunkt des Beschlusses noch nicht vorhanden waren sind nur eingeschränkt zu berücksichtigen (§ 49 Abs 3 AußStrG)

KOG 16 Ok 5/98; 16 Ok 43/05: Tatschen- und Beweistrüge scheitert am Unmittelbarkeitsgrundsatz

¹ Paragraphenzitate ohne nähere Kennzeichnung beziehen sich auf das KartG 2005.

2. Einstweilige Verfügungen (§ 48) möglich wenn die Voraussetzungen für die Abstellung einer Zuwiderhandlung bescheinigt sind (Tatbestandselemente des § 26); Gericht ist inhaltlich nicht an den Antrag gebunden (arg "erforderliche Aufträge")

- Antragsgegner ist vorher anzuhören (§ 48 Abs 2)
- Rekurs hat keine aufschiebende Wirkung, außer wenn über Antrag zuerkannt
- Im Übrigen: sinngemäße Anwendung der EO; generell aber keine Sicherheitsleistungen zu erlegen
16 Ok 9/03: Der § 394 EO ist aber bei von Amtsparteien oder Regulatoren beantragter EV nicht anzuwenden
- Maßnahmen nach NahVersG (§ 7 Abs 4 NahVersG) sind einstweilige Verfügungen iS des § 381 EO

3. Feststellungsantrag (§ 28 Abs 2) "ob und inwieweit ein Sachverhalt diesem Bundesgesetz unterliegt" zulässig; auch ob ein Verstoß gegen das Verbot der Art 81 und Art 82 EG vorliegt (KOG 20.12.2005, 16 Ok 6/05)

KOG 20.12.2004, 16 Ok 19/04: keine Feststellungskompetenz für erst künftig möglicherweise eintretende Sachverhalte

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.

- Antragslegitimation gem § 36 Abs 4 (keine Popularklage, kein amtswegiges Einschreiten des KG)
- Feststellung der Zuwiderhandlung ist nunmehr auch gegen eine das KartG verstoßende Verhaltensweise möglich, die im Zeitpunkt der Entscheidung bereits beendet wurde, soweit an der Feststellung ein begründetes Interesse besteht (dies wird bei Antragstellung einer Amtspartei vermutet) § 28 Abs 1
- Problem: Nur Beurteilung solcher Tatsachen, die sich im Entscheidungszeitpunkt bereits verwirklicht haben, keine vorbeugende Verfügung möglich
- private enforcement über § 1 UWG (zB Zivilverfahren 4 Ob 201/02 s Tretorn war schneller als Kartellverfahren 16 Ok 19/03) oder Feststellungsklage, auch Außenseiterklagen (zB SchE gg Kartell) bei ord Gericht/allg Zuständigkeit; ebenso zB Leistungs- und Feststellungsklage

4. Kartellregister (§ 88) nur mehr historisch

5. Gerichtsgebühren (§§ 50-57)

- Rahmengebühr (§ 50, § 54) zzgl SV-Gebühren (umfasst auch das Rechtsmittelverfahren)

16 Ok 19/02: Jeder Antragsgegner gilt als 1 Verfahren, daher Multiplikation der Verfahrensgebühr bei mehreren Antragsgegnern.

- Zahlungspflicht im kontradiktorischen Verfahren nach Prozesserfolg (Amtsparteien sind von den sie treffenden Gebühren befreit [§ 52 Abs 2]), sonst der Anmelder
6. Gerichtsbesetzung (§ 59) – Anmerkung: nach gemeinschaftsrechtlicher Terminologie ist das KG (mit der BWB und dem BKartA) die nationale Wettbewerbs"behörde" (national competition authority "NCA" 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 Berufsrichtern (Vorsitzender, Beisitzer)
 - 2 fachkundigen Laienrichtern
- b) KOG (genauer: Oberster Gerichtshof als Kartellobergericht) im einfachen Senat:
- 3 Berufsrichter (Vorsitzender, 2 Beisitzer)
 - 2 fachkundige Laienrichter
- allenfalls Verstärkter Senat:
- 7 Berufsrichter
 - 2 fachkundige Laienrichter
- c) Senatsvereinfachung § 62:
- 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 (§ 63), was insb bei KG Bedeutung hat.
- e) Laienrichter zur Hälfte entsandt (Vorschlagsrecht) von WKÖ und BAK (§ 59 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 beeedete gerichtliche Sachverständige in Kartellangelegenheiten" in einer besonderen Sachverständigenliste auf die Dauer von je 5 Jahren (§ 73)

8. Abstellen von Zuwiderhandlungen und Feststellungen (Untersagung und Auftrag von Maßnahmen)
 - bei Fortbestehen der Zuwiderhandlung im Zeitpunkt der Entscheidung -> Abstellungsauftrag;
 - bei Beendigung der Zuwiderhandlung -> nur mehr Feststellung bei berechtigtem Interesse (§ 28)
 - Abstellungsverfügung nur auf Antrag (Antragslegitimation § 36)
 - KG ist inhaltlich nicht an den Antrag gebunden, beliebige Abstellungsmaßnahmen iS der "erforderlichen Aufträge" gem § 26

Achtung: keine Möglichkeit der Verhängung von höheren Geldbußen oder Zwangsgeldern als beantragt (§ 36 Abs 2 Satz 2)

 - Urteilsveröffentlichung betreffend Abstellung, Feststellung oder Bußgeld durch obsiegende Partei bei berechtigtem Interesse (§ 37)

Verpflichtungszusagen (§ 27)

- statt möglicher Abstellung gem § 26, dh Verstoß gegen §§ 1, 5, 6 oder 17 muss vorliegen
- können vom Gericht für bindend erklärt werden; dadurch Beendigung des Verfahrens, aber
- Wiederaufnahme (unter) den Voraussetzungen des § 27 Abs 2 (gem dem generellen Antragsprinzip wohl eher nur auf Antrag möglich und nicht von Amts wegen)

Geldbußen (§§ 29 ff)

- vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten als Voraussetzung
 - Antragsrecht der Amtsparteien
- Ausnahme: Vorgehen nach § 11 Abs 3 WettbG
- BKartA: kein Antragsrecht
 - BWB: Antragsrecht bleibt, aber auch Minderung oder Entfall der Geldbuße möglich
- keine Untergrenze – Höchstgrenze umsatzabhängig
 - Antrag binnen 5 Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung
- Anmerkung: Übergangsbestimmungen gem § 87 Abs 2 beachten (Verjährungsfrist 3 Jahre)

Exekution

- Abstellungsverfügungen und Verpflichtungszusagen sind Exekutionstitel
- Verhängung von Zwangsgeldern durch KG gem § 35

9. Zusammenschlussanmeldung

- Gegebenenfalls vorab Pränotifikationsgespräche mit BWB
- "beabsichtigte Anmeldung" – Vorwegprüfungsverzicht des BKartA (§ 82 Abs 2 KartG, "pre-merger" Gespräche), Prüfungsverzicht der BWB (idR erst) nach Anmeldung bzw nach "Modifikationen" der Anmeldung (§ 10 Abs 5 WettbG)
- "vorzeitige Anmeldung" 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).

Phase I

- Anmeldung (empfohlen mit Formblatt der BWB, nicht zwingend, da kein Formular laut VO nach § 10 Abs 2 KartG) samt Beilagen (Mindestinhalt § 10 Abs 1 KartG) in vier Gleichschriften samt Nachweis der Pauschalgebühreinzahlung (Bareinzahlung von EUR 1.500,-- auf Konto der BWB)
 - Achtung:** erst durch Nachweis der Gebühreinzahlung und Einlangen der Anmeldung wird das Verfahren in Gang gesetzt = Beginn der 4-wöchigen Antragsfrist für Prüfungsantrag der Amtsparteien
- Verbesserungsauftrag nur bei nicht ordnungsgemäßer Vergebühre (§ 10a Abs 2 WettbG) aber nicht wegen inhaltlicher Mängel
- BWB leitet Anmeldung an BKartA weiter und veröffentlicht Anmeldung auf ihrer Website (§ 10 b WettbG); nicht mehr Wiener Zeitung
- Veröffentlichung = Beginn der 14-tägigen Äußerungsfrist betroffener Unternehmer, schriftlich an Amtsparteien zu richten (§ 10 KartG)
- innerhalb der 4-wöchigen Prüfungsfrist
 - Prüfungsantrag einer Amtspartei an das KG (vgl unten Phase II)
 - Prüfungsverzicht, insb wegen Modifikation des ursprünglichen Vorhabens
 - Fristablauf ohne Prüfungsantrag, Anmelder unverzüglich mitzuteilen

Phase II

- Prüfungsantrag (ev mit Verbesserungsantrag gem § 43, Verlängerung der Entscheidungsfrist gem § 14) einer Amtspartei gem § 11 (innerhalb 4 Wochen nach ordnungsgemäß eingelangter Anmeldung möglich)
Anmerkung: Formverbesserungsauftrag mit Fristsetzung binnen einem Monat nach Einlangen des Prüfungsantrages zu erteilen (§ 43 iVm § 10 Abs 1 und 2)
- Antragstellung ist von BWB auf ihrer Website zu veröffentlichen
- schriftliche Äußerung betroffener Unternehmer an KG möglich (bis zum Ende des Prüfungsverfahrens)
- KG hat binnen 5 Monaten (beginnend mit Einlangen des ersten Prüfungsantrages / der verbesserten Anmeldung) über Zusammenschluss zu entscheiden (§ 12)
 - Zurückweisung des Antrages (Nichtvorliegen eines anmeldebedürftigen Zusammenschlusses)
 - Untersagung des Zusammenschlusses
 - Nichtuntersagung = Genehmigung uU iVm Beschränkungen oder Auflagen (Verpflichtungszusagen vgl oben), bei nachträglichen Veränderungen: Änderung oder Aufhebung der erteilten Beschränkungen oder Auflagen auf Antrag eines beteiligten Unternehmers (kein diesbezügliches Antragsrecht der Amtsparteien!)
- Entscheidung über Rekurs gegen Entscheidung des KG innerhalb von 2 Monaten nach Einlagen der Akten bei KOG (§ 14)
- Entscheidungsveröffentlichung nach Rechtskraft auf Website der BWB (§ 15)
- Ablauf der 5-Monatsfrist (erstinstanzlich) ohne Zurückziehung des Prüfungsantrages oder ohne Entscheidung des KG -> Einstellung des Verfahrens; Durchführung des Zusammenschlusses möglich
- Nach zulässiger Durchführung eines Zusammenschlusses auf Antrag Erteilung von nachträglichen Maßnahmen gem § 16 (Antragsrecht gem § 36 Abs 4 Z 2-4)
- Anmeldung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens -> doppelte Kontrolle (als Zusammenschluss und als Kartell); Nichtuntersagung des Zusammenschlusses bedeutet keine Freistellung -> wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unterliegt weiterhin dem Kartellverbot gem § 1 und dessen Auswirkungen

10. Aufgaben und Befugnisse der BWB zu Wahrung von KartG , NahVersG und Art 81, 82 EG

- Parteistellung im Kartellverfahren (Amtspartei gem § 2 Abs 1 Z 1 WettbG, § 40 KartG)
 - Anträge an KG zur sanktionierten Auftragserteilung gem § 11a Abs 3 WettbG iVm § 29 Z 2 lit c und § 35 Abs 1 lit c KartG
 - Antragstellung zur Durchsetzung kaufmännischen Wohlverhaltens (§ 2 Abs 1 Z 6 WettbG iVm § 7 Abs 2 NahVersG)
 - Einbindung der BWB ins Netz der europäischen Wettbewerbsbehörden § 3 WettbG (European Competition Network)
 - Einbringungsstelle für Zusammenschlussanmeldung
 - Ermittlungen (§§ 11, 11a WettbG + AVG), insb Unterlagen einsehen und kopieren sowie Auskünfte von Unternehmen und Unternehmervereinigungen verlangen
 - Kronzeugenprogramm gem § 11 Abs 3-6 WettbG
Entfall (oder Minderung) von Geldbußen durch BWB möglich (kein Rechtsanspruch!) bei kumulativem Vorliegen der Voraussetzungen gem § 11 Abs 3 WettbG (Details Website der BWB):
 - Beendigung der Mitwirkung an Zuwiderhandlung
 - Information der Zuwiderhandlung gegenüber der BWB vor deren Kenntnis (bei nur "zu später" Information bleibt Minderungsmöglichkeit der Geldbuße)
 - Uneingeschränkte Zusammenarbeit mit BWB
 - Keine Teilnehmer der Zuwiderhandlung zur Teilnahme gezwungen
 - Hausdurchsuchungen "dawn raids" (auch in Privaträumlichkeiten) gem § 12 WettbG wegen Verdachtes einer Zuwiderhandlung oder wegen Nachprüfungsentscheidung der EuK über Anordnung (Beschluss) des Senatsvorsitzenden des KG (AußStrG) + § 142, § 145 Abs 1 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 auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens nach KartG (§§ 26, 27, 28)
11. Statt Kartellstrafrecht (Geld- und Haftstrafen) gg Individuen (Vorstrafenregister): "**Bußgeld**" durch Kartellgericht über Antrag einer Amtspartei gg Unter-

nehmer und Unternehmervereinigungen mit allfälliger Entscheidungsveröffentlichung (§ 37) = Entkriminalisierung

Achtung: keine Befugnis des BKartA zur Antragstellung, wenn dieser von BWB vom Vorgehen gem § 11 Abs 3 WettbG (Kronzeugenregelung) informiert wurde (§ 36 Abs 3)

Verjährung: 5 Jahre

Anmerkung: Übergangsbestimmungen gem § 87 Abs 2 beachten (Verjährungsfrist 3 Jahre)

Weiterhin **Strafrecht/Strafgericht:** § 168b StGB (Bieterkartell bei Vergabeverfahren nach Vergabegesetz, "Submissionskartell", "bid rigging") + Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

Verjährung: 5 Jahre (§ 57 Abs 3 StGB)

echte Konkurrenz zu § 146 StGB (Betrug)

12. Alle hier zitierten Texte (KartG, NahVersG WettbG, Gemeinschaftsrecht) siehe: www.dbj.at/kartell