

## CB-BEITRAG

Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA

# Länderreport Österreich: Kartellrechtsreform und neues Antikorruptionsrecht

Mit 1.1.2013 trat in Österreich ein neues, deutlich strengeres Antikorruptionsrecht in Kraft; mit 1.3.2013 wurde darüber hinaus das österreichische Kartellrecht novelliert. Beide Reformen sollen im Folgenden im Überblick dargestellt werden.

## I. Kartellrechtsreform

Mit 1.3.2013 trat das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, BGBl. I 2013/13 (KaWeRÄG 2012) in Kraft, mit dem es im Wesentlichen zu Änderungen des Kartellgesetzes (KartG) und des Wettbewerbsgesetzes (WettbG) kam. Das österreichische Kartellrecht ruht – wie auch das europäische Wettbewerbsrecht – auf drei Säulen:

- Kartellverbot
- Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung
- Zusammenschlusskontrolle

Alle drei Bereiche sind von der Novelle betroffen:

### 1. Kartellverbot

Das KartG verbietet grundsätzlich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (samt Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen). Allerdings werden *Bagatellkartelle* von diesem Verbot ausgenommen (§ 2 Abs. 2 KartG). Hier kam es nun – in Anlehnung an die De-minimis Bekanntmachung der Kommission – zu zwei wesentlichen Änderungen:

Erstens gilt die Bagatellausnahme nicht mehr für *Hardcorekartelle*, also für Kartelle, welche die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder die Aufteilung der Märkte bezwecken (Kernbeschränkungen).

Zweitens werden die Marktanteilsobergrenzen, bis zu denen man von einem Bagatellkartell ausgehen kann, geändert. Während bisher ein Bagatellkartell vorlag, wenn die beteiligten Unternehmen gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5% und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25% hatten, wird nunmehr zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen unterschieden: Ein Bagatellkartell liegt demnach nur dann vor,

- wenn die beteiligten Unternehmen, die zueinander im Wettbewerb stehen (horizontale Vereinbarungen), *gemeinsam* am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10% haben, oder
- wenn Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen (vertikale Vereinbarungen), *jeweils* am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15% haben.

Im Ergebnis liegt also nur dann ein Bagatellkartell vor, wenn die neuen Marktanteilsobergrenzen nicht überschritten werden und als weitere

Voraussetzung auch keine Kernbeschränkung (z. B. Preisabsprachen) bezweckt wird. Darüber hinaus wird nicht mehr, wie bisher, auf den inländischen Markt bzw. inländischen räumlichen Teilmarkt, sondern auf den „relevanten Markt“ abgestellt und somit der Kritik an der bisherigen Regelung Rechnung getragen.

### 2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Mit der Novelle wird das Konzept der *gemeinsamen Marktbeherrschung* (vgl. § 19 Abs. 2 des deutschen GWB) übernommen. Eine marktbeherrschende Stellung besteht somit auch, wenn mehrere Unternehmen, zwischen denen kein wesentlicher Wettbewerb besteht, in ihrer Gesamtheit marktbeherrschend sind (§ 4 Abs. 1a KartG). Das KartG enthält, anders als etwa das europäische Wettbewerbsrecht, auch Marktanteilschwellen, ab denen eine marktbeherrschende Stellung (widerleglich) vermutet wird. Entsprechende erhöhte *Vermutungsschwellen* werden nun für eine gemeinsame Marktbeherrschung definiert (z. B. mindestens 50% bzw. mindestens zwei Drittel). Für das einzelne Unternehmen bleibt es bei den bisherigen Vermutungsschwellen (30% bzw 5%; § 4 Abs. 2 KartG).

### 3. Fusionskontrolle

Ein Zusammenschluss (zum Begriff siehe § 7 KartG) muss ab einer bestimmten Größenordnung (siehe § 9 KartG) bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) angemeldet werden. Gegenstand der Zusammenschlusskontrolle ist die Frage, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder eine bestehende verstärkt wird.

Die beiden Amtsparteien, nämlich die BWB und der Bundeskartellanwalt, haben jeder für sich die Möglichkeit, binnen vier Wochen ab der Anmeldung (Phase I) beim Kartellgericht die Prüfung des Zusammenschlusses zu beantragen. Das Kartellgericht hat in der Folge fünf Monate (Phase II) für seine Entscheidung Zeit. Mit der Novelle wird nunmehr die Möglichkeit geschaffen, die Fristen für die Stellung des Prüfantrags und für die Entscheidung des Kartellgerichts über Antrag der Anmelder auf sechs Wochen (Phase I) bzw. sechs Monate (Phase II) zu verlängern („Stop-the-glock-Verfahren“; § 11 Abs. 1a und § 14 Abs. 1 KartG).

### 4. Erleichterung von Schadensersatzprozessen

Seit Jahren drängt die Europäische Kommission darauf, dass Schadensersatzprozesse wegen Kartellrechtsverletzung erleichtert wer-

den. Davon erwartet man sich eine Verstärkung der abschreckenden Wirkung und somit ein Zurückgehen von Kartellverstößen. Die bisher mögliche sog. „Passing-on-Defence“ („Beim Geschädigten ist kein Schaden eingetreten, da er die möglicherweise zu überhöhten Preisen bezogenen Güter selbst zu überhöhten Preisen weiterverkauft hat“) ist nunmehr ausgeschlossen (§ 37a Abs. 1 KartG).

Ein Rechtsstreit über eine Schadensersatzforderung kann bis zur Erledigung eines Verfahrens des Kartellgerichts, der Kommission der Europäischen Union oder einer Wettbewerbsbehörde i. S. d. VO 1/2003 über den Verstoß unterbrochen werden (§ 37a Abs. 2 KartG).

Ein Zivilgericht ist an eine in einer rechtskräftigen Entscheidung des Kartellgerichts, der Kommission der Europäischen Union oder einer Wettbewerbsbehörde i. S. d. VO 1/2003 getroffene Feststellung, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden (§ 37a Abs. 3 KartG).

Darüber hinaus wird die Verjährung von Schadensersatzansprüchen für die Dauer dieser Verfahren gehemmt. Die Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 37a Abs. 4 KartG).

## 5. Geldbußenbemessung

Geldbußen können in Österreich nur vom Kartellgericht über Antrag der BWB verhängt werden. Die Kriterien für die Geldbußenbemessung wurden mit der Novelle in Anlehnung an die Bußgeldleitlinien der Kommission ergänzt (§ 30 KartG). Darüber hinaus werden die Verteidigungsrechte im Bußgeldverfahren insofern ausgebaut, als die BWB bei der Stellung von Bußgeldanträgen besondere Anforderungen zu erfüllen hat (§ 36 Abs. 1a KartG).

## 6. Veröffentlichung der Entscheidungen des Kartellgerichts

Entscheidungen des Kartellgerichts werden nunmehr von Amts wegen und ohne Kostenersatz in der Ediktsdatei veröffentlicht (§ 37 KartG).

## 7. Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der BWB

### a) Auskunftsverlangen

Die BWB ist seit 1.3.2013 – um die Erlangung von Auskünften von Unternehmen zu erleichtern – ermächtigt, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen unter Anwendung des AVG (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz) mit Bescheid anzuordnen und diesen Bescheid auch zu vollstrecken (§ 11a WettbG). In diesem Bereich ist sie nicht mehr auf das Kartellgericht angewiesen.

### b) Hausdurchsuchungen

Die Bestimmungen über die Durchführung von Hausdurchsuchungen wurden dahingehend ergänzt, dass die BWB nunmehr auch das Recht hat,

- zur *Sicherstellung von IT-Daten* Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes beizuziehen,
- im Zuge der Hausdurchsuchung auch *Erläuterungen zu Tatsachen und Unterlagen* zu verlangen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Ermittlungen im Zusammenhang stehen und
- Geschäftsräume und -unterlagen im Rahmen einer Hausdurchsuchung zu *versiegeln*.

Weiters wird die Möglichkeit des Unternehmens eingeschränkt, Unterlagen gegen unbefugte Einsichtnahme durch die BWB durch *Versiegelung* und Vorlage an das Kartellgericht zur Entscheidung über die Einsicht zu sichern (§ 12 Abs. 5 WettbG). Die in der Vergangenheit

beliebte Beantragung einer Totalversiegelung, verbunden mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung, ist nunmehr nicht mehr möglich. Die Unterlagen müssen einzeln bezeichnet werden. Vor allem muss aber behauptet werden, durch die Einsichtnahme würde eine ihn (den Betroffenen) treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder ein ihm zustehendes Recht zur Verweigerung der Aussage gem. § 157 Abs. 1 Ziff. 2 bis 5 StPO verletzt werden. Somit wird die Versiegelung nur mehr in Ausnahmefällen möglich sein.

Im Falle eines entsprechenden Widerspruchs sind diese Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern (Versiegelung) und dem Kartellgericht vorzulegen; zuvor dürfen sie nicht eingesehen werden. Das Kartellgericht hat die Unterlagen zu sichten und mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden dürfen oder sie dem Betroffenen zurückzustellen sind. Gegen diesen Beschluss steht das Rechtsmittel des Rekurses offen (§ 12 Abs. 5 WettbG).

## II. Das neue Antikorruptionsrecht

### 1. Historischer Rückblick

Mit Inkrafttreten des StrafrechtsänderungsG 2008<sup>1</sup> am 1.1.2008 wurden in Österreich

1. neue Regelungen zur Bekämpfung von Korruption in der Privatwirtschaft eingeführt (aktive und passive Bestechung) und
2. die geltenden Antikorruptionsbestimmungen für den öffentlichen Bereich massiv verschärft. Insbes. wurde das sog. „Anfüttern“ von Amtsträgern weitgehend verboten.

Einzelne dieser Regelungen wurden in der Folge als zu unklar oder als zu überschießend kritisiert. Mit dem KorruptionsstrafrechtsänderungsG 2009<sup>2</sup>, das mit 1.9.2009 in Kraft trat, wurden einige Bestimmungen abgeschwächt und der für den öffentlichen Bereich wichtige Begriff des „Amtsträgers“ klarer und enger definiert. Die Strafbarkeit knüpfte dabei im öffentlichen Bereich an das Disziplinarrecht an, was u. a. zur Folge hatte, dass die obersten Organe (Bundesminister, Landeshauptleute, Bürgermeister) von den strengen Bestimmungen nicht erfasst waren, da sie auch nicht dem Disziplinarrecht unterliegen. Auch waren österreichische Abgeordnete – anders als europäische oder ausländische Abgeordnete – in einigen Bereichen von den Regelungen ausdrücklich ausgenommen. Aufgrund einer Reihe von (angeblichen) Korruptionsfällen, die im Jahre 2012 die Medienlandschaft beherrschten, kam es nun zu einer weiteren Reform, die mit 1.1.2013 in Kraft trat.<sup>3</sup>

### 2. KorrStrÄG 2012 – erster Überblick

Mit 1.1.2013 wurden einige Bestimmungen wiederum verschärft, der Amtsträgerbegriff wurde deutlich weiter gefasst, Abgeordnetensonderbestimmungen beseitigt und die Anknüpfung an das Disziplinarrecht aufgegeben. Somit fallen nunmehr nach neuer Rechtslage auch oberste Organe (Bundesminister, Landeshauptleute, Bürgermeister) unter die strengen Antikorruptionsbestimmungen. Das Fördern von Vorteilen ist generell verboten. Das 2008 pönalisierte „Anfüttern“, das 2009 wieder weitgehend legalisiert wurde, ist nunmehr wiederum strenger geregelt.

1 StrÄG 2008, BGBl. I 2007/109.

2 KorrStrÄG 2009, BGBl. I 2009/98.

3 KorrStrÄG 2012, BGBl. I 2012/61.

Die entsprechenden Bestimmungen sind über eine Vielzahl von Paragraphen des StGB verstreut. Mit diesem Beitrag soll eine kompakte, praxistaugliche Zusammenschau der Bestimmungen gegeben werden. Das Geben (genauer: Anbieten, Versprechen oder Gewähren) und Nehmen (genauer: Annehmen, Versprechenlassen) von Vorteilen ist weitgehend spiegelbildlich geregelt. Im Folgenden wird eine diesbezügliche vereinfachende Darstellung gewählt, in dem die aktive (oder passive) Handlung beschrieben wird, diese soll auch die passive (oder aktive) Seite mit umfassen.

### 3. Privater Sektor

Die Vorteilszuwendung (genauer: Anbieten, Versprechen, Gewähren) von Vorteilen an einen Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens für die *pflichtwidrige* Vornahme oder Unterlassung einer Rechts-handlung ist verboten (§ 309 StGB). Für eine *pflichtgemäße* Handlung oder Unterlassung darf hingegen ein Vorteil gewährt werden.

Der Beschenkte muss allerdings beachten, dass er verpflichtet ist, derartige Geschenke an seinen Arbeitgeber abzuführen (§ 1013 ABGB; § 13 AngG). Die Nichtabführung würde auch einen Entlassungsgrund darstellen (§ 27 Ziff. 1 AngG).<sup>4</sup> Ist der nicht abgeführte Vermögensvorteil nicht bloß geringfügig, was nach der Judikatur ab einem Wert von ca. 100,- Euro anzunehmen ist, ist die Annahme und pflichtwidrige Nichtabführung des Vermögensvorteils sogar strafbar (§ 153a StGB).

### 4. Öffentlicher Sektor

Soll einem *Amtsträger* ein Vorteil zugewendet werden, gelten deutlich strengere Bestimmungen:

#### a) Amtsträger

Der Amtsträgerbegriff wurde mit 1.1.2013 deutlich weiter gefasst (§ 74 StGB). Er umfasst nunmehr insbes. alle Personen, die für den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für eine andere Person des öffentlichen Rechts (ausgenommen Kirchen oder Religionsgesellschaften), für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnehmen.

Amtsträger ist darüber hinaus auch jede Person, die sonst im Namen einer der genannten Körperschaften befugt ist, in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen (so z. B. ein KFZ-Mechaniker, der eine Überprüfung nach § 57a KFG vornimmt).<sup>5</sup>

Ebenfalls unter den Amtsträgerbegriff fallen Organe oder Bedienstete eines Unternehmens, an dem eine oder mehrere inländische oder ausländische Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50% des Kapitals beteiligt sind, oder von diesen tatsächlich beherrscht werden. Jedenfalls fallen darunter alle Organe und Bedienstete von Unternehmen, deren Gebarung der Überprüfung durch den Rechnungshof, dem Rechnungshof gleichartige Einrichtungen der Länder oder einer vergleichbaren internationalen oder ausländischen Kontrollinstitution unterliegt.

#### b) Vorteilszuwendung an Amtsträger

Die über die §§ 304, 305, 306, 307, 307a, 307b StGB verstreute Rechtslage lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Ein Amtsträger darf für *pflichtwidrige* Handlungen/Unterlassungen keinerlei Vorteil fordern, annehmen oder sich versprechen lassen (§ 304 StGB).
- Ein Amtsträger darf – egal ob für pflichtwidrige oder pflichtgemäße Handlung/Unterlassung – keinerlei Vorteil fordern.

- Für die *pflichtgemäße* Vornahme/Unterlassung ist es ihm erlaubt, einen Vorteil anzunehmen oder sich versprechen zu lassen (nicht zu fordern!), der nicht ungebührlich ist (§ 305 StGB). Keine ungebührlichen Vorteile, somit zulässige Vorteile sind (§ 305 Abs. 4 StGB):

- i) Vorteile, deren Annahme gesetzlich erlaubt ist, oder die im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtliches oder ein sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht;
- ii) Vorteile für gemeinnützige Zwecke (§ 35 BAO), auf deren Verwendung der Amtsträger keinen bestimmenden Einfluss ausübt;
- iii) orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

Gerade die Definition der nicht ungebührlichen, somit zulässigen Vorteile wird in der Praxis noch viele Zweifelsfragen aufwerfen.

#### c) Anfüttern

Mit 1.1.2013 wurde das Anfüttern wieder deutlich strenger reglementiert (§ 306, § 307b StGB). Strafbar ist, wer einem Amtsträger einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4 StGB; siehe oben) für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt und dies mit dem Vorsatz tut, den Amtsträger dadurch in seiner Tätigkeit zu beeinflussen. Mit anderen Worten: Die Strafbarkeit ist nur dann gegeben, wenn der Vorteil die Gebührligkeitsgrenze überschreitet und darüber hinaus ein entsprechender Beeinflussungsvorsatz vorliegt. Fehlt nur eines dieser beiden Kriterien, ist keine Strafbarkeit gegeben.

## III. Fazit

Das österreichische Kartellrecht wurde mit 1.3.2013 durch die Neuregelung der Bagatellausnahme, der Erleichterung von Schadensersatzprozessen und der Ausweitung der Befugnisse der BWB bei Hausdurchsuchungen verschärft und damit die Notwendigkeit von Compliance-Programmen neuerlich erhöht.

Vor dem Hintergrund der neuen, strengeren Rechtslage ist beim Umgang mit Amtsträgern größere Vorsicht geboten. Dies ist auch im Verhalten von Amtsträgern bereits ablesbar. Bloßes sozialadäquates Verhalten, die Hingabe von Höflichkeitsgeschenken und der soziale Kontakt sind jedoch weiterhin zulässig. Dabei ist aber jedenfalls auf die Optik zu achten, da eine schiefe Optik zumindest Anlass für eine mediale Berichterstattung und/oder die Aufnahme von Verfolgungshandlungen sein kann.

## AUTOR



**Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA und Partner der Kanzlei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte, Wien.** Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen u. a. im Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Kartell- und Bankrecht. Autor zahlreicher Fachbücher, Artikel und Kommentarbeiträge. Seit 2011 Honorarprofessor der Universität Salzburg. Beiratsmitglied des CB.

<sup>4</sup> Entlassung nach österreichischer Terminologie = fristlose Kündigung.

<sup>5</sup> Hierbei handelt es sich um die Ausstellung des sog. „Pickerls“, also einer Klebplakette, welche die Fahrtauglichkeit eines Kraftfahrzeugs bestätigt.