

Lohndumping
Sozialbetrug

§ 7 VKrG

Über Groß- und Kleinbanken

Litigation PR bei

Straf- und Zivilverfahren

Schiedsverfahren

Mangelhafte Offenlegung

Sonderrechtsinhaber in

Verschmelzung und Spaltung

UrhG-Nov 2014

Das soll alles sein?

Vereinfachtes UVP-Verfahren

Bürgerinitiativen

Vorrangfragen zur Bagatellregelung nach § 2 Abs 2 Z 1

KartG *Im kartellrechtlichen Schrifttum in Deutschland ist eine Debatte darüber im Gange, ob und inwieweit der nationale Gesetzgeber durch die Verwendung unionsrechtlicher Begriffe auch die nationale Rechtsanwendung an das Unionsrecht bindet. Die Bagatellregelung des KaWeRÄG 2012 gibt Anlass dazu, diese Problematik auch für Österreich näher zu beleuchten.*

PETER THYRI

A. Problemaufriss

Nationale Gesetzgeber verwenden oft auch in ihrem autonomen, von den Wirkungen des Unionsrechts nicht determinierten Wirkungsbereich Begriffe aus dem Unionsrecht. Nicht selten kommt es zu einer Übernahme identischer Formulierungen. In vielen Fällen wird diese Vorgangsweise in den Gesetzesmaterialien mit einem Hinweis auf die „Vorbildwirkung“ des europäischen Rechtskreises für die nationale Norm begründet.

Das wirft die Frage auf, ob für solche mehr oder weniger nahe am Modell des Unionsrechts geformte Normen noch eine eigenständige national-rechtliche Auslegung möglich ist. Diese Frage betrifft vor allem die Zuständigkeit des EuGH zur Beantwortung von Vorlagefragen nach Art 267 AEUV, hat aber nach der Rsp des Gerichtshofs auch direkte Auswirkungen auf die Rechtsanwendung der nationalen Behörden und Gerichte.

Der vorliegende Beitrag stellt die relevante unionsrechtliche Doktrin dar und zeigt am Beispiel des Wettbewerbsrechts, wie die Verwendung einheitlicher Konzepte und Begrifflichkeiten über die Harmonisierung des materiellen Kartellrechtvollzugs im zwischenstaatlichen Bereich hinaus zu einer Vereinheitlichung im autonomen Regelungsbereich der Mitgliedstaaten führen muss.¹⁾ Als Beispielfall dient dabei die „harmonisierte“ Bagatellkartellregelung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF des KaWeRÄG 2012.²⁾

B. Die *Dzodzi*-Rsp des EuGH

Der EuGH hat sich bereits mehrmals mit Vorlagefragen auseinandergesetzt, bei denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zwar nicht unter das Unionsrecht fiel, aber die Unionsrechtsvorschriften durch nationales Recht für anwendbar erklärt wurden.³⁾ Eine verwandte Fallgruppe betrifft Konstellationen, in denen das Unionsrecht zwar den fraglichen Sachverhalt nicht unmittelbar regelt, aber der nationale Gesetzgeber beschlossen hat, rein innerstaatliche Sachverhalte und solche, die unter das Unionsrecht fallen, gleich zu behandeln und seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften deshalb an das Unionsrecht angepasst hat.⁴⁾ Als Voraussetzung für seine Befassung nennt der Gerichtshof dabei regelmäßig einen Zusammenhang zwischen der Auslegung des Unionsrechts mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsstreits.⁵⁾ Zulässig sind

Rechtsfragen über die Auslegung „der Verträge“ und von Gemeinschafts-(nun Unions-)vorschriften. Die Beantwortung theoretischer Fragen hat der Gerichtshof ausgeschlossen.⁶⁾

Der EuGH beantwortet vor diesem Hintergrund auch Vorlagefragen, die klar außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liegen, wenn (i) ein Verweis des nationalen Gesetzgebers auf das Unionsrecht erfolgt ist und/oder (ii) Regeln des Unionsrechts wortgleich übernommen worden sind. Der Gerichtshof erkennt in diesen Fällen ein offensichtliches Interesse der Unionsrechtsordnung an einer einheitlichen Auslegung, um künftige Auslegungsunterschiede zu vermeiden.⁷⁾ Dabei hat der Gerichtshof zudem keine Zweifel daran gelassen, dass – trotz der alleinigen Zuständigkeit des nationalen Gerichts für die Anwendung einer vom EuGH erkannten Rechtslage auf den konkreten Fall – von einer Bindung an die E des Gerichtshofs auszugehen ist.⁸⁾

Dr. Peter Thyri, LL. M. (NYU), LL. M. (DUK), ist Gründungspartner der Weinrauch & Partner Rechtsanwälte OG und Lehrbeauftragter für Europarecht an der WU Wien.

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 27. 9. 2013 auf einer Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. in Luxemburg gehalten hat.

- 1) Zu Diskussionen hat die Problematik insb iZm der Einführung des SIEC-Tests mit der 8. GWB-Nov in D geführt, vgl *Bernhard*, Europarechtliche Stolpersteine der 8. GWB-Novelle, EuZW 2013, 732 (733 f); *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz GWB 2013 § 36 Rn 5; aA *Bardong*, Die deutsche Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, 303 (304).
- 2) BGBl I 2013/13.
- 3) EuGH 18. 10. 1990, C-297/88 und C-197/89, *Dzodzi/Etat Belge*, Rn 36 f; 26. 9. 2000, C-1/99, *Kofisa Italia/Ministero delle Finanze ua*, Rn 21, 32; 11. 10. 2001, C-267/99, *Adami/Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rn 26 ff; 29. 4. 2004, C-222/01, *British American Tobacco/Hauptzollamt Krefeld*, Rn 40.
- 4) EuGH 17. 7. 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, Rn 34; 17. 7. 1997, C-130/95, *Giloy/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, Rn 28; 16. 6. 1998, C-53/96, *Hermès/FHT Marketing Choice*, Rn 32 f; 26. 9. 2000, C-1/99, *Kofisa Italia/Ministero delle Finanze ua*, Rn 21, 32.
- 5) Zuletzt lässt der EuGH entgegen der Empfehlung seines Generalanwalts sogar außerhalb der Umsetzungspflicht einer RL einen „unmittelbaren Zusammenhang“ der Ausgangsrechtsache zum Unionsrecht ausreichen; EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*.
- 6) ZB EuGH 11. 3. 1980, C-104/79, *Foglia I*, Rn 10 ff; vgl *Wegener in Callies/Ruffert*, EUV/AEUV Art 267 Rn 23 mwN.
- 7) Vgl auch EuGH 11. 12. 2007, C-280/06, *ETI*, Rn 21 mwN.
- 8) Vgl EuGH 28. 3. 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson*, Rn 24.

Im Umkehrschluss ergibt sich daraus eine Bindungswirkung an Vorabentscheidungen des EuGH auch in klar nicht dem Unionsrecht unterliegenden Sachverhalten sowie – in Antizipation eines EuGH-Spruchs im Rahmen der laufenden Rechtsanwendung – die Relevanz des Unionsrechts für die Auslegung von national-rechtlichen Normen, die den Kriterien der *Dzodzi*-Rsp unterfallen. Dieser justizielle „Quasi-Vorrang“ geht über das für die Entscheidung eines Normenkonflikts im Fall der parallelen Anwendbarkeit von nationalem und Unionsrecht entwickelte allgemeine Vorrangprinzip hinaus.⁹⁾ Es leitet sich nach der Rsp des Gerichtshofs aus der Vorlagepflicht nach Art 267 AEUV, dem Auslegungsprimat des EuGH sowie dem Gebot der unionsrechtskonformen Interpretation als Ausprägung des Prinzips der Unionstreue nach Art 4 Abs 3 EUV ab. Im Ergebnis behandelt der EuGH die „Umsetzung“ unionsrechtlicher Vorbilder in das nationale Recht (gleichsam „ohne Not“) nicht anders, als zB in Erfüllung der Umsetzungspflicht des Art 288 Abs 3 AEUV umgesetzte Richtlinien.¹⁰⁾

C. Anwendungsfälle im Wettbewerbsrecht

In den Fällen *Bronner*¹¹⁾ und *Asnef-Equifax*¹²⁾ hat der EuGH, ohne eine abschließende Entscheidung über die Zwischenstaatlichkeit (und somit seine Zuständigkeit für die Beantwortung der Vorlagefrage) zu treffen, anlässlich von Vorlagefragen zu aus dem EU-Recht übernommenen national-rechtlichen Konzepten, zu materiellen Fragen des EU-Wettbewerbsrechts judiziert, um einen von den Vorlagegerichten befürchteten Konflikt zwischen der Entwicklung des nationalen Rechts und dem Unionsrecht zu vermeiden. Dabei hat sich der Gerichtshof – in *Bronner* ausdrückliche, in *Asnef-Equifax* inhaltlich – auf die oben beschriebene *Dzodzi*-Doktrin und ihre Voraussetzungen berufen.

Ganz klar wird die Wirkung der *Dzodzi*-Rsp für das Wettbewerbsrecht in der unlängst ergangenen E im Fall *Allianz Hungaria*,¹³⁾ in der es um einen unbestritten rein nationalen Sachverhalt ging. Zum Vorliegen der *Dzodzi*-Kriterien hielt der Gerichtshof fest:

„In Bezug auf das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ist festzustellen, dass § 11 Abs 1 und 2 Tptv den wesentlichen Inhalt von Art 101 Abs 1 AEUV getreu wiedergibt. Außerdem geht aus der Präambel sowie aus der Begründung des Tptv eindeutig hervor, dass der ungarische Gesetzgeber das nationale Wettbewerbsrecht dem Wettbewerbsrecht der Union angleichen wollte und dass im Besonderen § 11 Abs 1 Tptv zum Gegenstand hat, ‚gemäß Art 85 EWG-Vertrag‘, dem jetzigen Art 101 AEUV, ‚jede Wettbewerbsverfälschung‘ zu verbieten. Somit steht fest, dass der Gesetzgeber die innerstaatlichen Sachverhalte genauso behandeln wollte wie die durch das Unionsrecht geregelten Sachverhalte.“

D. Zur Auslegung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG

Auch dem österr Gesetzgeber ist die Übernahme EU-wettbewerbsrechtlicher Konzepte und Begrifflichkeiten nicht fremd. Dies betrifft zB die Ausnahme sog „Bagatellkartelle“ vom Kartellverbot in § 2 Abs 2 Z 1 KartG. Diese Bestimmung wurde zuletzt von einer nationalen

Sonderregel (Abstellen auf nationale und regionale Marktanteilsschwellen, keine Unterscheidung zw horizontalen und vertikalen Vereinbarungen, Ausnahme auch für bezweckte Beschränkungen) auf eine „Vollharmonisierung“ mit der unionsrechtlichen De-Minimis Regelung¹⁴⁾ umgestellt. Begründet wurde dies in den Gesetzesmaterialien mit einer Anpassung an das Unionsrecht, um „den parallelen Vollzug zu erleichtern und eine Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte nach dem Wettbewerbsrecht der EU einerseits und dem nationalen Kartellrecht andererseits zu erreichen.“¹⁵⁾

Im Zusammenhang mit § 86 Abs 4 Satz 1 KartG, wonach die Regelungen des KaWeRÄG 2012 nur für Vereinbarungen gelten, die nach dem Inkrafttreten der Nov (mit 1. 3. 2013) abgeschlossen werden, ergaben sich zuletzt Unsicherheiten über die Behandlung von „Alt-Bagatellkartellen“, also Vereinbarungen, die vor dem 1. 3. 2013 abgeschlossen und nach der Regelung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG aF, nicht aber nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF des KaWeRÄG 2012 – und damit inhaltsgleich den Voraussetzungen der unionsrechtlichen De-Minimis Regel – vom Kartellverbot ausgenommen waren.¹⁶⁾

Zur Frage, wie das so entstandene „normative Vakuum“¹⁷⁾ zu schließen ist, leistet die oben dargestellte Rsp des EuGH mE einen bedeutenden Beitrag. Ab Inkrafttreten des KaWeRÄG 2012 mit 1. 3. 2013 ist vom nationalen Gesetzgeber ausweislich der Materialien eine Angleichung an die De-Minimis Regeln des Unionsrechts klar gewollt. Rechtstechnisch scheint dieses Ziel verfehlt worden zu sein, was zu der angesprochenen Regelungslücke führt. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass seit 1. 3. 2013 eine Regelung Teil des autonom national-rechtlichen Normenbestands ist, die mit jener des Unionsrechts inhaltsgleich ist und die zum Zweck einer „Gleichbehandlung“ rein nationaler und zwischenstaatlicher Sachverhalte eingeführt worden ist.¹⁸⁾ Eine rein national-rechtliche Auslegung (Umkehrschluss aus § 86 Abs 4 Satz 1 KartG) hätte hier mE iS der dargestellten Rsp des EuGH hinter

9) Zum allg Vorrang im Kontext des Wettbewerbsrechts EuGH 13. 2. 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm*, Rn 5; zu Art 3 Abs 2 VO 1/2003 aus *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich (2007) Rn 3 ff.

10) Vgl zur Maßstabwirkung auch bereits umgesetzter RL *Kahl* in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV Art 4 Rn 91; zur RL-konformen Interpretation in vergleichbaren Konstellationen *Eilmansberger*, Vorsprung durch Rechtsbruch, Direktwirkung von Richtlinien und das Postulat der richtlinienkonformen Auslegung, in FS Aicher (2012) 63, 75 ff.

11) EuGH 26. 9. 1998, C-7/97, *Bronner*, Rn 10 f; s dazu *Thyri*, Kartellrechtsvollzug, Rn 424.

12) EuGH 23. 11. 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rn 19 ff.

13) EuGH 14. 3. 2013, C-32/11, *Allianz Hungaria*, Rn 17 ff.

14) ABl C 2001/291, 14.

15) ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 6.

16) Siehe zum Meinungsstand *Innerhofer/Maierhofer*, Verschärfung für Bagatellkartelle auf allen Fronten? ÖZK 2013, 48; *Wollmann/Urlesberger*, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, *ecolex* 2013, 252 (253); *Vonkilch*, Verbindlichkeitszeitraum versus zeitlicher Anwendungsbereich von Gesetzen, *Zak* 2013, 718; *Kutsche*, Die Übergangsbestimmungen des KaWeRÄG für Bagatellkartelle – ein Lösungsvorschlag, *ecolex* 2014, 440.

17) So treffend *Vonkilch*, *Zak* 2013, 718.

18) Vgl dazu die zitierte Formulierung in EuGH 14. 3. 2013, C-32/11, *Allianz Hungaria*, Rn 21.

den Prinzipien der unionsrechtskonformen Interpretation (vgl dazu oben) zurückzustehen.¹⁹⁾

Auch „Alt-Bagatellkartelle“ sind daher seit 1. 3. 2013 an den Kriterien des § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF des KaWeRÄG 2012 zu messen. Dies betrifft insb die Feststellungs- und Abstellungskompetenz des KG sowie die Nichtigkeitsfolge des § 1 Abs 3 KartG. Die Verhängung von Bußgeldern in Sachverhalten, die unter § 2 Abs 2 Z 1 KartG aF ausgenommen, ab 1. 3. 2013 aber vom Kartellverbot erfasst sind, kommt mE mit Blick auf Rechtssicherheit und Rückwirkungsverbot (Art 7 EMRK) nicht in Betracht.²⁰⁾

19) So im Ergebnis auch *Wollmann/Urlesberger*, *ecolex* 2013, 252 (253).

20) Vgl dazu iZm richtlinienkonformer Interpretation EuGH 15. 4. 2008, C-268/06, *Impact*, Rn 100.

SCHLUSSSTRICH

Bei der „Umsetzung“ von unionsrechtlichen Begriffen und Konzepten ohne unionsrechtliche Pflicht sollte sich der Gesetzgeber klar dazu äußern, ob eine autonome nationale Rechtsentwicklung noch gewünscht ist oder nicht. Für „Alt-Bagatellkartelle“ muss – insb mit Blick auf die Nichtigkeitsfolge – klar sein, dass die Spürbarkeit ab 1. 3. 2013 nach § 2 Abs 1 Z 1 KartG idF des KaWeRÄG 2012 bzw nach der De-Minimis Bekanntmachung der Kommission zu beurteilen ist.