Österreich nach dem EU-Beitritt – Entwicklungen im Wirtschaftsrecht

Von Dr. Dietmar Czernich, LL.M. (NYU), und Bernd Guggenberger, Innsbruck*

Seit dem Beitritt zur Europäischen Union am 1. 1. 1995 ist das österreichische Wirtschaftsrecht in fast allen Bereichen zum Teil grundlegend neu geordnet worden. Dabei hat der Gesetzgeber den Anlaß aufgegriffen und auch solche unternehmensrelevanten Rechtsbereiche einer Neuregelung zugeführt, die zwar nicht durch Vorgaben des Gemeinschaftsrechts determiniert sind, jedoch im Rahmen der Strukturverbesserung novellierungswürdig waren. Besonders betroffen von den Neuregelungen waren jene Rechtsbereiche, die das internationale Wirtschaftsrecht und das Wettbewerbsrecht regeln. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtsbereiche, die für ausländische, in Österreich tätige Unternehmen von besonderem Interesse sind.

I. Neuregelungen im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts

Der Anpassungsbedarf an das Gemeinschaftsrecht führte gerade im Handels- und Gesellschaftsrecht zu tiefgreifenden Veränderungen der Rechtslage.[1] Mit dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz[2] wurden insgesamt 11 EG-Richtlinien[3] in das österreichische Recht umgesetzt.

1. Errichtung von Zweigniederlassungen in Österreich

Besonderes Interesse verdient die neue Regelung hinsichtlich der Gründung von Zweigniederlassungen in Österreich. Dabei wurden unter Berücksichtigung der Zweigniederlassungs-RL die Bestimmungen über Zweigniederlassungen von GmbHs bzw. Aktiengesellschaften mit Sitz im Ausland völlig neu geregelt (§§ 107 ff. GmbHG, § 254 AktG). Im Firmenbuch (Handelsregister) ist gemäß § 13 HGB nunmehr im Gegensatz zur alten Rechtslage neben der Zweigniederlassung auch die ausländische Muttergesellschaft einzutragen, wobei diese so eingetragen wird, als ob sie eine österreichische GmbH wäre.[4] Gemäß § 10 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht 1979 richtet sich die Frage des Bestehens der ausländischen GmbH dabei nach dem Recht des Staates, in dem diese den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung hat. Dies ist bei der Anmeldung etwa durch einen entsprechenden Registerauszug nachzuweisen.[5] Nach bisher h. M.[6] war eine Gesellschaft, die zwar ihren satzungsmäßigen Sitz im Ausland hatte, tatsächlich jedoch den Geschäfts- und Verwaltungsbetrieb vom Inland aus leitete, als inländische Gesellschaft zu beurteilen (Sitztheorie) und konnte daher keine Zweigniederlassung im Inland errichten. Diese Auffassung kann im Licht der „Centros"-Entscheidung des EuGH[7] nicht länger aufrechterhalten werden.[8] Die Eintragung der ausländischen Gesellschaft sowie der inländischen Zweigniederlassung kann daher in Zukunft nicht mehr mit dem Argument verweigert werden, daß es sich bei der ausländischen Gesellschaft um eine reine „Briefkastengesellschaft" handle und die Leitung des Geschäfts- und Verwaltungsbetriebs tatsächlich von der Zweigniederlassung aus erfolge.

Die Firma der Zweigniederlassung kann von jener der Auslandsgesellschaft abweichen.[9] Für die Zweigniederlassung muß nur dann zwingend ein inländischer Vertreter bestellt werden, wenn das Personalstatut der Auslandsgesellschaft nicht das Recht eines Mitgliedstaats der EU oder eines Vertragsstaats des EWR ist. Die Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam, Gesamtvertretung jedoch zulässig. In diesem Zusammenhang ist auf § 39 Abs. 2 der österreichischen Gewerbeordnung hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung muß ein für die Zweigniederlassung bestellter gewerberechtlicher Geschäftsführer seinen Wohnsitz im Inland haben, sofern die Zustellung und Vollstreckung von Verwaltungsstrafen nicht durch Übereinkommen sichergestellt ist. Diese Regelung verstößt allerdings gegen Art. 39 EGV (zumal ein derartiges Übereinkommen derzeit nur mit Deutschland[10] existiert[11]), so daß sie bei Sachverhalten im Anwendungsbereich des EGV nicht zur Anwendung kommen darf.

Gemäß § 112 GmbHG hat die für das Inland bestellte Vertretung über die inländischen Geschäfte gesondert Buch zu führen. Die Zulässigkeit dieser Verpflichtung ist im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht allerdings fragwürdig.[12]

---

* Wir stellen Ihnen die Autoren auf S. VIII näher vor.

1 *Kostner/Umfahrer*, GmbH, 5. Aufl. 1998, Rn. 16, sprechen zu Recht von den bisher größten Veränderungen des österreichischen Gesellschaftsrechts in der zweiten Republik.

2 öBGBl. 304/1996, im folgenden abgekürzt EUGesRÄG 1996.

3 Publizitäts-RL 68/151/ EWG; Kapital-RL 77/91/EWG geändert durch RL 92/101/EWG; Verschmelzungs-RL 78/855/EWG; Bilanz-RL 78/660/EWG; GmbH & Co.-RL 90/605/EWG; Mittelstands-RL 90/604/EWG; Spaltungs-RL 82/891/EWG; Konzern-RL 83/349/EWG; Bilanzprüfer-RL 84/253/EWG; Zweigniederlassungs-RL 89/666/EWG; Einpersonengesellschafts-RL 89/667/EWG.

4 *Kostner/Umfahrer* (Fn. 1), Rn. 1073.

5 Im einzelnen *Kostner/Umfahrer* (Fn. 1), Rn. 1079.

6 Zuletzt etwa OGH, 28. 8. 1997 – 3 Ob 93/97s; OGH 3 Ob 2029/96w, wbl 1998, 136.

7 EuGH, 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97, EWS 1999, 140 = RIW 1999, 447 m. Komm. *Cascante* = BB 1999, 809 m. Komm. *Sedemund/Hausmann* = ZIP 1999, 438.

8 Vgl. näher *Roth*, § 10 IPRG und die europäische Niederlassungsfreiheit, RdW 1999, 381; *Korn/Thaler*, Das Urteil des EuGH in der Rs. Centros: Ein Meilenstein für das europäische Gesellschaftskollisionsrecht?, wbl 1999, 247. Vgl. weiterhin *Geyrhalter*, EWS 1999, 201; *Junker*, EWS 6/1999, u. *Kegel*, EWS 8/1999, jew. „Die erste Seite"; *Sonnenberger/Großerichter*, RIW 1999, 721; *Sandrock*, BB 1999, 1337.

9 *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz, 2. Aufl. 1999, Anh. zu § 114 Rn. 3.

10 öBGBl. 526/1990.

11 *Wukoschitz*, Gewerberechtlicher Geschäftsführer und verantwortlicher Beauftragter im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wbl 1998, 389, unter Hinw. auf EuGH, 7. 5. 1998 – Rs. C-350/96, wbl 1998, 251.

12 *Koppensteiner* (Fn. 9), §§ 107, 112–114 Rn. 4.

2. Insolvenzprophylaxe bei der GmbH

Durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997[13] wurde das GmbH-Recht mit dem Ziel einer verstärkten Insolvenzvorbeugung neuerlich in zahlreichen Punkten geändert. Dabei wurde insbesondere in § 22 des neu eingeführten Unternehmensreorganisationsgesetzes[14] eine Haftung der Geschäftsführer einer abschlußprüfpflichtigen[15] GmbH sowie von Aufsichtsrat und Generalversammlung bis 1 000 000 öS pro Person bei Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften sowie bei Nichteinleitung oder Fortsetzung des Unternehmensreorganisationsverfahrens[16] normiert. Weitere Änderungen betrafen u. a. die Zulassung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung auch bei der GmbH und die Möglichkeit einer Abberufungsklage gegen Fremdgeschäftsführer.

Im Bereich des ebenfalls der Insolvenzverhinderung dienenden Rechnungslegungsrechts ist auf folgende Änderungen hinzuweisen: Einführung von 3 „Größenklassen" für Kapitalgesellschaften mit Auswirkung insbesondere auf die Abschlußprüfungspflicht[17]; Offenlegung des Jahresabschlusses und neue Gliederungsvorschriften für Bilanz und GuV. In diesem Zusammenhang ist auch auf die jüngst durch das Konzernabschlußgesetz[18] eingeführte Möglichkeit zur Erstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts ausschließlich nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen hinzuweisen.

3. Änderungen im Aktienrecht

Im Aktienrecht wurden durch das EU-GesRÄG 1996 insbesondere die Vorschriften für Sachgründungen – in gesetzlich problematischer Weise[19] – verschärft. Bei Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen wurde eine generelle Prüfungspflicht eingeführt. Der Erwerb eigener Aktien (§§ 65 ff. AktG) wurde an die Kapital-RL angepaßt. Nach wie vor ist der Erwerb eigener Aktien aber auf bestimmte, im Gesetz einzeln aufgezählte Gründe beschränkt.[20] Aufgrund einer Ermächtigung der Hauptversammlung ist der Erwerb eigener Aktien nur beim Eigenhandel von Kreditinstituten sowie beim Erwerb zum Zweck der Arbeitnehmerbeteiligung zulässig.[21] Das IRÄG 1997 brachte schließlich auch im Aktienrecht Regelungen zur Insolvenzprophylaxe, insbesondere durch Änderungen im Bereich des Aufsichtsrats, durch die Möglichkeit der Minderheitenschadenersatzklage auch gegen Aktionäre und durch Änderungen bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung.

4. Änderungen des Umgründungsrechts

Durch das EUGesRÄG 1996 wurde auch das Umgründungsrecht,[22] insbesondere durch Anpassung an die Verschmelzungs-RL und die Spaltungs-RL, maßgeblich geändert.[23] Im Verschmelzungsrecht (§§ 219 ff. AktG) wird die Verschmelzung nicht nur wie bisher von zwei, sondern von mehreren Gesellschaften in einem Vorgang zugelassen. Bei der GmbH wird dabei in § 96 Abs. 1 Z. 2 GmbHG erstmals die Verschmelzung durch Neugründung ermöglicht. Weiter intendiert das EUGesRÄG eine Verstärkung des Aktionärsschutzes. Zu nennen sind insbesondere: Einführung von Informationsrechten für Gesellschafter; umfangreiche Berichts- und Prüfungsverpflichtungen, Einführung einer gerichtlichen Prüfung des Umtauschverhältnisses, allerdings gleichzeitig Einschränkung der Anfechtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses. Analoge Regelungen wurden auch im Umwandlungs-/Spaltungsrecht getroffen. Im Spaltungsrecht wurde auch die Möglichkeit der Auf-/Abspaltung auf eine bereits bestehende Kapitalgesellschaft zugelassen, was eine Kombination von Spaltung und Verschmelzung in einem Vorgang ermöglicht[24].

5. Gesellschaftsrechtliche Änderungen im Zuge der EURO-Einführung

Zahlreiche Änderungen waren schließlich mit den Maßnahmen verbunden, welche durch die Einführung des Euro notwendig wurden. Diese wurden im 1. Euro-Justizbegleitgesetz[25] getroffen. Gemäß § 6 Abs. 1 GmbHG beträgt seit dem 1. 1. 1999 das Mindestkapital bei der GmbH 35 000 Euro, die Mindeststammeinlage 70 Euro. Je 10 Euro einer übernommenen Stammeinlage gewähren eine Stimme, Bruchteile unter 10 Euro werden gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG nicht gezählt. Neugründungen in Euro sind seit dem 1. 1. 1999 möglich. Davor bereits bestehende Gesellschaften müssen gemäß Art. X § 5 1. Euro-JuBeG nur dann auf Euro umstellen, wenn nach dem 31. 12. 2001 eine Kapitaländerung durchgeführt wird. Bei der Aktiengesellschaft beträgt das Mindestgrundkapital gemäß § 7 AktG seit dem 1. 1. 1999 70 000 Euro. Gemäß § 8 AktG können Aktien entweder als Nennbetragsaktien oder als Stückaktien ausgegeben werden[26]. Die Nennbetragsaktie muß mindestens auf einen vollen Euro oder ein Vielfaches davon lauten. Die Umrechnung der Aktiennennbeträge wird in den meisten Fällen ungerade Beträge ergeben, so daß Kapitalmaßnahmen erforderlich sind. Entweder wird das Grundkapital auf einen vollen Euro-Betrag erhöht oder verringert und das Grundkapital gleichzeitig in auf volle Euro lautende Aktien neu gestückelt, oder die umgerechneten Aktiennennbeträge werden auf einen vollen Eurobetrag geglättet, wobei allerdings das Grundkapital nicht unter das Mindestgrundkapital absinken darf.[27] Als Alternative dazu besteht die Möglichkeit der Umstellung auf unechte nennwertlose Stückaktien, im Gesetz als Stückaktien bezeichnet. Dadurch entfällt die Notwendigkeit von Kapitalmaßnahmen, soweit die Umstellung vor dem 1. 1. 2002 beschlossen wird.[28] Der auf die einzelne Aktie entfallende anteilige Betrag des Grundkapitals muß ebenfalls einen vollen Euro betragen. Die Umstellung von Nennbetrags- auf Stückaktien erfolgt durch Satzungsänderung. Ebenso wie bei der GmbH müssen bereits vor dem 1. 1. 1999 bestehende AG nur dann auf den Euro umstellen, wenn nach dem 31. 12. 2001 eine Kapitaländerung durchgeführt wird.

13 öBGBl. I 114/1997, im folgenden kurz als IRÄG 1997 bezeichnet.
14 öBGBl. I 114/1997.
15 S. Fn. 17.
16 Dieses ermöglicht einem allerdings noch nicht insolventen Unternehmen in einem nicht-öffentlichen gerichtlichen Verfahren die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen (Reorganisationsmaßnahmen) bei gleichzeitiger Begünstigung dieser Maßnahmen hinsichtlich Anfechtbarkeit und Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts in einem späteren Konkursverfahren.
17 (a) Kleine Kapitalgesellschaften: Die zwei folgenden Merkmale dürfen nicht überschritten werden: 37 Mio. S Bilanzsumme, 74 Mio. S Umsatz, durchschn. 50 Arbeitnehmer; (b) mittelgroße Kapitalgesellschaften: mind. zwei der letztgenannten Merkmale werden überschritten, aber mind. zwei folgende nicht: 150 Mio. S Bilanzsumme, 300 Mio. S Umsatz, durchschn. 300 Arbeitnehmer; (c) Große Kapitalgesellschaften: mind. zwei der letztgenannten Merkmale werden überschritten. Abschlußprüfpflichtig sind grundsätzlich nur mittelgroße und große Kapitalgesellschaften.
18 öBGBl. I 49/1999, erstmalig anwendbar auf Geschäftsjahre, die nach dem 31. 12. 1997 beginnen.
19 Vgl. *Schneider*, Tücken der Verweisungstechnik – zur Gründungsprüfung bei Kapitalerhöhungen mit Sacheinlagen, RdW 1999, 123.
20 Vgl. *Jud/Saurer*, Eigene Aktien im EU-GesRÄG, RdW 1996, 252.
21 Für eine Erweiterung der Zulässigkeit unter Hinw. auf das deutsche KonTraG, *Nowotny*, Rückkauf eigener Aktien – Aufgabe von Schutzvorschriften oder Belebung des Kapitalmarktes?, RdW 1999, 121. Während der Drucklegung wurde in Anlehnung an das KonTraG nun auch in Österreich durch das AktienrückerwerbsG (öBGBl. I 187/1999) bei börsennotierten Aktiengesellschaften der Eigenerwerb eines Aktienanteils von höchstens 10% des Grundkapitals zugelassen, sofern dies nicht zum Zweck des Handels erfolgt. Dazu näher *Gruber*, Das Aktienrückerwerbsgesetz, RdW 1999, 571.
22 Vgl. *Harrer*, Die EG-gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für die Regelung der Verschmelzung und der Spaltung von Aktiengesellschaften, in: Koppensteiner (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Teil 1, 1994; *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, ecolex 1996, 527; *Kalss*, Die Umwandlung nach dem UmwG i. d. F. der RV zum EU-GesRÄG 1996, ecolex 1996, 264; *Reich-Rohrwig*, Verschmelzung nach der RV zum EU-GesRÄG, ecolex 1996, 258.
23 Zu offenen Umsetzungsproblemen siehe *Kohlegger/Knoflach*, Gemeinschaftsrechtliche Auslegungs- und Umsetzungsprobleme am Beispiel von Fusions- sowie Spaltungs-RL und EU-GesRÄG, RdW 1996, 97.
24 *Reich-Rohrwig*, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, 1996, S. 59.
25 öBGBl. I 125/1998, im folgenden kurz 1. Euro-JuBeG genannt. Dazu insbesondere *Kohl*, Die Umstellung von Kapitalgesellschaften auf den Euro, wbl 1999, 1; *Nowotny*, Die GmbH und der Euro, RdW 1999, 58.
26 Bisher kannte das Aktienrecht bloß Nennbetragsaktien. Dazu *Gruber*, Die nennwertlose Stückaktie – Der Aktiengesellschaft kürzester Weg zum Euro, RdW 1998, 381.

6. Rechtsprechung zum Handels- und Gesellschaftsrecht

Aus der Fülle der Entscheidungen werden im folgenden einige näher herausgegriffen, welche einerseits für ausländische in Österreich tätige Unternehmen, andererseits in rechtsvergleichender Hinsicht von besonderem Interesse sind:

a) Organschaftliche Vertretung einer inländischen Zweigniederlassung – maßgebliches Recht (OGH, 11. 10. 1995 – 3 Ob 64/95, SZ 68/181)

Der Oberste Gerichtshof (OGH) differenziert in dieser Entscheidung in bezug auf das nach dem IPRG maßgebliche Sachrecht zwischen organschaftlicher und rechtsgeschäftlich eingeräumter Vertretungsmacht. Die organschaftliche Vertretung bestimmt sich nach dem Recht des Staats, in dem die ausländische Hauptniederlassung den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung hat. Die rechtsgeschäftliche Vertretung, etwa durch einen Prokuristen, ist nach dem Recht des Staats zu beurteilen, in dem dieser nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll, somit in der Regel nach dem Recht des Staats, in dem sich die Zweigniederlassung befindet.

b) Bestimmtheitsgrundsatz – Kernbereichslehre (OGH, 9. 7. 1996 – 4 Ob 2147/96 f, SZ 69/157)

In der Frage der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen bei Personengesellschaften vertrat der OGH in seiner Judikatur bislang nach dem Bestimmtheitsgrundsatz, daß nur über solche Beschlußgegenstände mit Mehrheit entschieden werden kann, die von der Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag eindeutig umfaßt werden. In der vorliegenden Entscheidung rückt der OGH in Anlehnung an den BGH[29] zugunsten der Kernbereichslehre ab. Danach sind nur solche Vertragsänderungen dem Mehrheitsbeschluß entzogen, die die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses betreffen oder durch die wohlerworbene Sonderrechte verletzt werden. Die zum Kernbereich zählenden Rechte können nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters entzogen werden, wobei diese auch im vorhinein im Gesellschaftsvertrag erteilt werden kann. Welche Rechte zum Kernbereich zählen, ist unter Rücksicht auf die Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft (Publikumsgesellschaft/personalistische Struktur) zu beantworten.

c) Exekution auf das Kaduzierungsrecht einer GmbH (OGH, 7. 10. 1998 – 3 Ob 196/98 i, wbl 1999, 275)

Unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen praktisch einhelligen deutschen Auffassung[30] sprach der OGH aus, daß Gläubiger der GmbH die ihr eingeräumten Rechte auf Kaduzierung und Verwertung des Geschäftsanteils eines säumigen Gesellschafters im Wege der Exekution pfänden und sodann durchsetzen können. Die gegenteilige Meinung sei mit dem vom Gesetzgeber angestrebten höchstmöglichen Gläubigerschutz nicht vereinbar. Die exekutive Kaduzierung des einzigen Gesellschafters müsse nicht zur vollständigen Beendigung der Gesellschaft führen, und sei daher auch bei der Einmann-GmbH zulässig.

d) Löschung der beklagten GmbH während eines Prozesses (OGH, 22. 10. 1998 – 8 Ob A 2344/96 f, JBl. 1999, 268)

In der bisherigen Judikatur war streitig, welche prozessualen Folgen die Löschung einer beklagten Gesellschaft nach sich zieht. Zum Teil wurde die Möglichkeit der Fortsetzung des Prozesses gegen die beendete Gesellschaft bejaht,[31] zum Teil jedoch ausdrücklich verneint[32]. In einem verstärkten Senat[33] entschied der OGH, daß im Falle der Löschung einer beklagten Kapitalgesellschaft während eines anhängigen Prozesses das Verfahren auf Antrag des Klägers fortzusetzen sei. Strebe der Kläger hingegen nicht die Fortsetzung des Verfahrens gegen die gelöschte Gesellschaft an, sei die Klage zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären.

e) KFZ-Vertragshändler – Ausgleichsanspruch analog zum Handelsvertreter (OGH, 17. 12. 1997 – 9 Ob 2065/96 h, wbl 1998, 363)[34]

Eine analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts und damit des Ausgleichsanspruchs nach Vertragsbeendigung auf Vertragshändler ist nach diesem Urteil dann gerechtfertigt, wenn die Beziehungen zwischen dem Vertragshändler und dem Hersteller (oder seinem Zwischenhändler) so gestaltet sind, wie es sonst zwischen Unternehmern und Handelsvertretern üblich ist. Der Vertragshändler muß in die Absatzorganisation seines Lieferanten derart eingegliedert sein, daß er wirtschaftlich in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu besorgen und seinem Vertragspartner nach Vertragsbeendigung seinen Kundenstamm zu überlassen hat.[35] Dem steht es gleich, wenn es dem Vertragspartner bloß tatsächlich ermöglicht wird, den vom Vertragshändler erworbenen Kundenstamm auch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses kontinuierlich zu nutzen. Somit zieht der OGH der deutschen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertriebshändler im wesentlichen nach.

27 *Kohl*, wbl 1999, 1, 5.
28 *Gruber*, RdW 1998, 381.
29 BGHZ 85, 350 = BB 1983, 722 = NJW 1983, 1056.
30 *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 8. Aufl. 1993, Rz. 12 zu § 21; *Hueck*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, Rz. 6 zu § 21 u. a.
31 OGH, 15. 3. 1989 – 1 Ob 551, 552/89, SZ 62/43.
32 OGH, 9. 2. 1995 – 8 ObA 207/95 u. a.
33 Dieser besteht aus 11 Richtern und ist gem. § 8 Abs. 1 Z 2 des OGH-Gesetzes u. a. dann einzuberufen, wenn eine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in der Rspr. des OGH nicht einheitlich beantwortet worden ist.
34 S. dazu *Eilmansberger*, Problem der Kündigung von Kfz-Händlerverträgen, wbl 1998, 340.
35 Unter ausdrückl. Hinw. auf BGHZ 93, 29, 59 = BB 1985, 218.

II. Übernahmerecht

1. Allgemeines

Bislang war die Übernahme von Unternehmen im Wege des Anteilserwerbs durch Dritte („take-over") in Österreich gesetzlich nicht geregelt. In den letzten Jahren gab es jedoch Anlaßfälle, die legislativen Handlungsbedarf aufzeigten und den österreichischen Gesetzgeber bewegten, mit dem Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote (ÜbG)[36] selbst tätig zu werden, ohne die entsprechende Richtlinie der Gemeinschaft[37] abzuwarten. Damit folgt Österreich bei der Regelung von Übernahmeangeboten dem Vorbild der Schweiz – wo Take-Overs unlängst ebenfalls einer gesetzlichen Regelung unterworfen wurden[38] – und geht einen anderen Weg als Deutschland, wo man Unzulänglichkeiten allein mit den Mitteln der Selbstbindungsnorm des Übernahmekodexes der Börsensachverständigenkommission[39] hintanzuhalten glaubt.[40] Dabei weicht das Regelungskonzept des ÜbG vom Richtlinienvorschlag in Teilbereichen ab.

2. Ziele des Gesetzes

Das ÜbG ist an den Zielen der Gleichbehandlung der Aktionäre der Zielgesellschaft, der Transparenz, der Vermeidung von Marktverzerrungen und der Neutralität des Managements der Zielgesellschaft orientiert.[41] Dabei ist das ÜbG in seinem Anwendungsbereich stark eingeschränkt, weil es in sachlicher Hinsicht nur für börsennotierte Aktiengesellschaften mit Sitz in Österreich gilt.[42] Ob der Erwerb der Aktien dagegen im Börsenhandel oder außerbörslich erfolgt, ist für die Anwendung des ÜbG gleichgültig.[43] Voraussetzung der Anwendung des ÜbG ist dagegen das Vorliegen eines öffentlichen Angebots.[44]

3. Regelungstechnik

Regelungstechnisch versucht das Gesetz diese Ziele folgendermaßen zu verwirklichen: Dem Gleichbehandlungsgebot soll unter anderem dadurch zum Durchbruch verholfen werden, daß sich die Bedingungen des Bieters an einen Aktionär kraft gesetzlicher Anordnung (§ 16 Abs. 2 ÜbG) auch auf alle anderen Aktionäre erstrecken. Das Transparenzgebot soll durch die Verpflichtung des Bieters verwirklicht werden, eine Angebotsunterlage zu erstellen, die durch einen Wirtschaftsprüfer zu überprüfen ist und aus der die wesentlichen Bedingungen seines Angebots an die Aktionäre hervorzugehen haben. Die Neutralität des Managements der Zielgesellschaft soll durch die in § 12 ÜbG getroffene gesetzgeberische Anordnung sichergestellt werden, wonach der Vorstand oder Aufsichtsrat der Zielgesellschaft keine Maßnahmen setzen darf, die geeignet sind, den Aktionären die Gelegenheit zur freien und informierten Entscheidung über das Angebot zu nehmen. Insbesondere darf das Management von sich aus keine Abwehrmaßnahmen setzen (§ 12 S. 2 ÜbG). Durch Insiderhandel verursachte Marktverzerrungen sollen dadurch vermieden werden, daß der Bieter vorher gemäß § 4 ÜbG zur Geheimhaltung seines Angebots verpflichtet ist. Erwerben nach der Veröffentlichung des Angebots Personen, die Interesse am Take-Over haben,[45] Aktien, so ist dieser Vorgang der Übernahmekommission zu melden. Mißachtet der Bieter diese Vorschriften, so sanktioniert § 34 ÜbG diese Rechtsverletzung mit dem Ruhen der Stimmrechte, die aus den ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften erworbenen Aktien fließen.

Besondere Rechtsfolgen treten ein, wenn der Bieter eine kontrollierende Beteiligung erwirbt. In diesem Fall hat er verpflichtend an alle anderen Aktionäre ein gleichlautendes Angebot abzugeben (Pflichtangebot). Somit erhalten diese die Möglichkeit, beim Übergang der Kontrolle über die Gesellschaft auszuscheiden. Wann das ÜbG vom Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung ausgeht, bleibt insoweit offen, als daß der Gesetzgeber die Übernahmekommission in § 22 ÜbG ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Kriterien für das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung aufzustellen.[46]

4. Verfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht schafft das ÜbG in der Übernahmekommission eine mit besonderer Fachkunde ausgestattete Kontrollinstanz. Die Aufgaben der Übernahmekommission – an deren Verfassungskonformität Zweifel geübt wurden[47] – bestehen in der begleitenden Überwachung des Take-Over und der Abstellung von Gesetzwidrigkeiten. Entscheidungen der Übernahmekommission unterstehen keiner Überprüfung im Rechtszug, sondern können nur vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpft werden (Art. 133 Z. 4 BV-G). Diese Regelung entspricht zwar dem Beschleunigungsbedürfnis bei Take-Overs, legt den Mitgliedern der Kommission jedoch beträchtliche Macht in die Hand.

III. Kartellrecht

1. Fusionskontrolle

Anläßlich der letzten umfassenden Novellierung des Kartellrechts im Jahr 1993[48] wurde in Anlehnung an das GWB sowie die FKVO[49] auch in Österreich eine – bislang fehlende – echte Zusammenschlußkontrolle eingeführt.[50] Bei Überschreiten bestimmter Aufgriffsschwellen müssen Zusammenschlüsse dem Kartellgericht in Wien entweder angezeigt oder bei diesem angemeldet werden.[51] Anmeldepflichtige

36 öBGBl. I 1998/127. Das Gesetz ist am 1. 1. 1999 in Kraft getreten.
37 Vorschlag für eine 13. Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über Übernahmeangebote KOM (97) 565 endg.
38 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG), BBl. 1993 I, 1369.
39 Geltender Text abgedr. in AG 1998, 133; vgl auch *Neye*, Der neue Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission, ZIP 1995, 1464.
40 Kritisch dazu *Kirchner/Ehricke*, Funktionsdefizit des Übernahmekodex, AG 1998, 105 ff.
41 *Dorda*, Das neue österreichische Übernahmegesetz, ecolex 1998, 843.
42 Dazu kritisch *Gruber*, Das Übernahmegesetz. Eine Einführung, wbl 1999, 10, der zu Recht aufzeigt, daß nur ein kleiner Teil der österreichischen Aktiengesellschaften börsennotiert ist und sich die Notwendigkeit des Schutzes der Aktionäre auch bei Nicht-Publikumsgesellschaften zeigt.
43 RV 1276 dB XX.GP, 23.
44 Das ÜbG definiert den Begriff des öffentlichen Angebots selbst nicht. Der Gesetzgeber (RV 1276 dB XX. GP, 24) verweist auf die Praxis der Securities and Exchange Commission (SEC). Vgl dazu *Hazen*, Treatise on the Law of Securities Regulation II, 3rd Ed. 1995, S. 284.
45 Nach *Gruber*, Das Übernahmegesetz. Eine Einführung, wbl 1999, 10, 12 Fn. 19, handelt es sich hierbei um die Zielgesellschaft samt Konzernunternehmen, deren Verwaltungsorgane und Berater und Aktionäre mit Stimmrechtsaktien im Ausmaß von mindestens 2% des Grundkapitals.
46 Vgl. dazu auch *Dorda*, ecolex 1998, 843, 844.
47 *Schärf*, Ist die Übernahmekommission verfassungswidrig?, RdW 1999, 320.
48 öBGBl. Nr. 693/1993.
49 VO (EWG) Nr. 4064/89, geändert durch VO (EG) Nr. 1310/97.
50 Vorher bestand lediglich eine formelle Anzeigepflicht ohne Überprüfungsmöglichkeit.
51 Anzeigepflicht ab 150 Mio. $ Umsatz der beteiligten Unternehmen; Anmeldepflicht ab 3,5 Mrd. $ Umsatz, wobei mind. zwei der beteiligten Unternehmen jeweils 5 Mio. $ Umsatz erzielen müssen.

Zusammenschlüsse können in der Folge auf Antrag einem Prüfverfahren unterzogen und letztlich auch untersagt werden.

Wie sich in der Folge zeigte, blieb die 1993 eingeführte Zusammenschlußkontrolle jedoch im wesentlichen wirkungslos. Der Grund dafür liegt in einem Spezifikum des österreichischen Kartellrechts: Die effektive Durchsetzung des kartellrechtlichen Instrumentariums liegt nämlich im wesentlichen in den Händen der gesetzlichen Interessenvertretungen, im Kartellrecht als „Amtsparteien" bezeichnet. Im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle sind de lege lata nur diese legitimiert, einen Antrag auf Einleitung eines Prüfverfahrens zu stellen. Die Antragsberechtigung eines vom Zusammenschluß betroffenen Unternehmens, etwa eines Mitbewerbers, ist im Bereich der Zusammenschlußkontrolle nicht vorgesehen.[52] Eine Einrichtung ähnlich der des Bundeskartellamts existiert in Österreich nicht, vielmehr werden die kartellrechtlichen Agenden von bestimmten Senaten des OLG Wien und des OGH wahrgenommen.[53]

Diese Situation führte dazu, daß eine effektive Zusammenschlußkontrolle praktisch nicht stattfand, da sich die gesetzlichen Interessenvertretungen aus verschiedenen Gründen meist scheuten, einen Prüfungsantrag zu stellen[54] oder diesen wieder zurückzogen. Die seit Einführung der Zusammenschlußkontrolle ergangenen Entscheidungen des Kartellgerichts oder des OGH als Kartellobergericht betrafen daher ausschließlich formelle Fragen wie insbesondere die Berechnung der maßgeblichen Umsatzerlöse sowie die Abgrenzung zum Anwendungsbereich der FKVO. Soweit ersichtlich wurde jedoch in keinem einzigen Fall eine materielle Überprüfung eines Zusammenschlusses bis zur Genehmigung oder Untersagung durchgeführt.

Ein Kernanliegen der Kartellgesetznovelle 1999[55], die am 1. 1. 2000 in Kraft treten wird, ist es daher, die Effektivität des Kartellrechts insbesondere im Bereich der Zusammenschlußkontrolle zu verbessern. Zu diesem Zweck erhält das Kartellgericht (OLG Wien) in § 44 a KartG die Befugnis, von Amts wegen ein Prüfverfahren einzuleiten, wobei dies allerdings nur zur Wahrung des öffentlichen Interesses zulässig ist. Bevor mittels (unanfechtbarem) Einleitungsbeschluß ein Prüfverfahren eingeleitet wird, ist eine mündliche Verhandlung zwecks Erörterung der dafür maßgeblichen Gründe abzuhalten. Betroffenen Unternehmen kommt nach wie vor kein Antragsrecht zu, diese können sich gegenüber dem Kartellgericht zum Zusammenschluß lediglich „äußern". Die bisherige Anzeigepflicht für „kleinere" Zusammenschlüsse entfällt ersatzlos, gleichzeitig werden die Schwellenwerte für die Anmeldepflicht und damit für eine Überprüfungsmöglichkeit des Zusammenschlusses angehoben.[56] Als Reaktion auf die Judikatur[57] wird weiter ausdrücklich klargestellt, daß auch Auslandsumsätze bei der Berechnung der Schwellenwerte einzubeziehen sind, wobei allerdings durch Einführung zusätzlicher Kriterien die notwendige Relevanz des Zusammenschlusses für den inländischen Markt sichergestellt wird.[58]

Ob durch die Kartellgesetznovelle 1999 die Effektivität des Kartellrechts – insbesondere der Zusammenschlußkontrolle – tatsächlich verbessert wird, bleibt mit begründeter Skepsis abzuwarten. Im Bereich des Kartellgerichts entscheiden über den Einleitungsbeschluß Senate, welche aus nur einem Berufsrichter und zwei Laienrichter bestehen, wobei letztere von der Bundesregierung über Vorschlag der verschiedenen gesetzlichen Interessensvertretungen bestellt werden. Es ist daher zu befürchten, daß die vom Gesetzgeber selbst diagnostizierte Zurückhaltung der Interessenvertretungen sich im Wege des Einflusses über die Laienrichter entsprechend auf die „Einleitungsfreudigkeit" des Kartellgerichts auswirkt.

2. Mißbrauchsaufsicht

Im Bereich der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird in Anlehnung an § 19 Abs. 3 Z. 1 GWB durch die Kartellgesetznovelle 1999 eine widerlegbare Vermutung eingeführt, wonach Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 30% eine marktbeherrschende Stellung haben. In den Mißbrauchskatalog wird durch die Novelle 1999 ferner ausdrücklich der Verkauf unter dem Einstandspreis aufgenommen, wobei für die sachliche Rechtfertigung eine Beweislastumkehr gilt. Schließlich werden durch die Kartellgesetznovelle 1999 Verhaltenskartelle, also aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmern, wenn durch sie eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt werden soll, anders als bislang auch dem gesetzliche Durchführungsverbot mit Genehmigungsmöglichkeit unterworfen.

3. Rechtsprechung

a) Berechnung der Aufgriffsschwellen, Berücksichtigung der Auslandsumsätze (OGH als KOG, 9. 12. 1996 – 16 Ok 1/95, SZ 69/271)

Bei der Beurteilung, ob die Aufgriffsschwellen überschritten werden und daher ein anzeigepflichtiger oder ein anmeldebedürftiger Zusammenschluß vorliegt, kommt es nach Ansicht des OGH nur auf die im Inland erzielten Umsätze der beteiligten bzw. mit diesen verbundenen Unternehmen an. Die von der überwiegenden Ansicht in Deutschland vertretene gegenteilige Ansicht, wonach auch die Auslandsumsatzerlöse voll mitzuberücksichtigen seien, lehnt der OGH ausdrücklich ab. Wie erwähnt hat diese Entscheidung den Gesetzgeber veranlaßt, anläßlich der Kartellgesetznovelle 1999 nunmehr ausdrücklich klarzustellen, daß bei der Berechnung der Aufgriffsschwellen auch die Auslandsumsätze miteinzubeziehen sind.

b) Abgrenzung zum Gemeinschaftsrecht (OGH als KOG, 9. 12. 1996 – 16 Ok 6/96, SZ 69/273)

Zusammenschlüsse, die nicht unter die FKVO fallen, unterliegen nach dieser Entscheidung grundsätzlich dem Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten. In den Fällen, in denen die europäische Fusionskontrolle eingreift, entfällt die Anmelde- bzw. Anzeigepflicht des Zusammenschlusses nach dem österreichischen Kartellgesetz. Eine Doppelanmeldung ist somit nicht erforderlich.

52 So auch ausdrücklich der OGH als Kartellobergericht, 23. 6. 1997 – 16 Ok 6-8/97, SZ 70/125.
53 In der Literatur wird dieser Zustand vielfach als unbefriedigend empfunden, vgl. *Thurnher*, Plädoyer für ein österreichisches Kartellamt, wbl 1998, 185.
54 So die ausdrückliche Begründung in der Regierungsvorlage zur Kartellgesetznovelle 1999, 1775 BlgNR 20.GP, 6.
55 Siehe öBGBl. I 126/1999. Vgl. zur Regierungsvorlage auch näher *Stokkenhuber/Zib*, Die Kartellgesetznovelle 2000, RdW 1999,192.
56 Weltweit 4,2 Mrd. S, im Inland insgesamt 210 Mio. S und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen je 28 Mio. S weltweit.
57 OGH als KOG, 9. 12. 1996 – 16 Ok 1/95; s. dazu näher in der Rechtsprechungsübersicht.
58 S. oben Fn. 56.

c) Gemeinschaftsunternehmen – Abgrenzung von Zusammenschluß und Kartell (OGH als KOG, 15. 12. 1998 – 16 Ok 15/98, wbl 1999, 226)

Nach dieser Entscheidung liegt ein konzentratives und damit der Zusammenschlußkontrolle unterliegendes GU nur dann vor, wenn dieses keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt (Gruppeneffekt). Der OGH legt diese Bestimmung nun einschränkend dahingehend aus, daß eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens nur dann angenommen werden könne, wenn dies von den beteiligten Unternehmen *beabsichtigt* sei.

d) Zusammenrechnung von Umsätzen (OGH als KOG, 1. 3. 1999 – 16 Ok 16/98, ecolex 1999, 407)

Gemäß § 2 a KartG sind bei der Berechnung der Aufgriffsschwellen die Umsätze von miteinander im Sinne des Zusammenschlußkatalogs des § 41 KartG verbundener Unternehmen zusammenzurechnen.[59] Gemäß § 41 Abs. 1 Z. 3 KartG ist der auch nur mittelbare Erwerb einer 25%-Beteiligung ein Zusammenschluß. Es stellt sich daher die Frage, ob eine bloß 25%-Beteiligung auf jeder Stufe innerhalb einer Unternehmenskette genügt, um die Umsätze der ganzen Gruppe zusammenzurechnen. Der OGH verneint dies und stellt auf den nicht sehr griffigen Begriff der „wirtschaftlichen Einheit, auf die es ankommt" ab. Nur innerhalb dieser ist eine Zusammenrechnung zulässig.[60]

IV. Markenrecht

Das bislang bestehende MarkenschutzG (MSchG) stammt aus dem Jahr 1970. Es wurde zwar 1992 im Hinblick auf die damalige Rechtsetzung der EG[61] novelliert, doch ist der Gesetzgeber damals auf halbem Weg stehengeblieben. Zudem war das österreichische Markenrecht durch eine starke Rechtszersplitterung gekennzeichnet, indem die Rechtsfolgen einer Markenverletzung nicht im MSchG, sondern im öUWG und im öPatentG geregelt waren. In der sehr umfangreichen Novelle 1999 setzt der Gesetzgeber nicht nur die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben um, sondern paßt das MSchG auch an multilaterale Akte wie das TRIPS-Abkommen und das Protokoll zum MMA an und faßt alle markenrelevanten Bestimmungen im MSchG zusammen.

Die Bindung der Marke an das Unternehmen war lange Zeit eines der Dogmen des österreichischen Markenrechts. Die Novelle 1992 weichte diesen Grundsatz bereits insoweit auf, als daß Marken auch ohne das Unternehmen übertragen werden konnten. Die Novelle 1999 vollzieht im Hinblick auf die freie Verkehrsfähigkeit der Marken nun den letzten Schritt und läßt auch die Anmeldung einer Marke ohne Unternehmen zu. Somit ist auch in Österreich ein freier Markenerwerb und Markenhandel möglich. Um die Registrierung von Sperr- und Hinterhaltsmarken zu verhindern, normiert § 34 einen neuen Löschungstatbestand, der eingreift, wenn die Marke bösgläubig eingetragen wurde. Bezüglich des Kreises der Schutzobjekte erweiterte die Novelle den bisherigen Rechtsstand insoweit, als daß auch Klangmarken oder Hologramme geschützt werden können, während die Registrierung von Geruchs- oder Duftmarken weiterhin unzulässig sein soll.[62]

Hinsichtlich der Verfolgbarkeit von Markenverletzungen bringt die Novelle insoweit eine spürbare Verbesserung, als daß bisher die schlichte Einfuhr von Waren noch nicht als zur Kennzeichenverletzung führende Benutzung qualifiziert wurde.[63] Somit war eine Beschlagnahme von für einen anderen Staat bestimmter Ware, die durch Österreich durchgeleitet wurde, nicht möglich. § 10 a MSchG n. F. normiert nun explizit, daß der alleinige Besitz der Ware eine Benutzungshandlung darstellt, soweit dieser Besitz der Vorbereitung für ein späteres Inverkehrbringen der Ware dient.

V. Neuregelung des internationalen Zivilverfahrensrechts und des IPR

1. Allgemeines

Seit dem Inkrafttreten der Zivilverfahrensgesetze 1898 führte das internationale Verfahrensrecht in Österreich weitgehend ein Schattendasein, das sich vor allem in mangelhaften gesetzlichen Vorgaben und wechselnder sowie schwer vorhersehbarer Rechtsprechung äußerte.[64] Darüber hinaus war das internationale Verfahrensrecht gegenüber ausländischen Verfahrensordnungen restriktiv eingestellt, mit der Folge, daß die Vollstreckung fremder Urteile in Österreich nur gegenüber bestimmten Staaten und selbst bei diesen nur innerhalb enger Voraussetzungen möglich war.[65] Ausländerdiskriminierende Bestimmungen des materiellen Verfahrensrechts rundeten das Bild einer internationalen Rechtsstreitigkeiten ablehnend gegenüberstehenden Verfahrensrechtsordnung ab.[66]

2. Ratifikation der Übereinkommen von Lugano und Brüssel

Die – ohnehin stark verzögerte[67] – Ratifikation des Parallelübereinkommens von Lugano (LugÜ)[68] markierte einen Paradigmenwechsel im internationalen Verfahrensrecht,[69] indem dieses Übereinkommen gegenüber Beklagten mit Sitz in den anderen Vertragsstaaten eine einheitliche Zuständigkeitsordnung schuf und die Vollstreckung von Urteilen aus diesen Staaten auf gesicherte Rechtsgrundlagen stellte. Seit dem Beitritt Österreichs[70] zum EuGVÜ im vierten Beitrittsübereinkommen[71] löst dieses das LugÜ – ohne dadurch wesentliche Änderungen zu bewirken[72] – sukzessive ab. Zwischen Österreich und Deutschland ist das EuGVÜ am 1. 1. 1999 in Kraft getreten.[73]

Nach zunächst zögerlicher Aufnahme durch die Gerichte und die Rechtspraxis hat das LugÜ/EuGVÜ mittlerweile seinen

59 Anders als bei der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB kommt es *nicht* auf das Vorliegen eines Konzerns i. S. d. AktG an.
60 Es verbleiben daher nach wie vor zahlreiche offene Auslegungsfragen. Dazu allgemein und zu dieser Entscheidung siehe *Wessely/Wolf*, Fusionskontrolle: Von Müttern, Töchtern und Schwestern, ecolex 1999, 403 ff.
61 RL 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. 1989 Nr. L 40, 1.
62 RV 1643 dB XX.GP.
63 OGH, ÖBl. 1987, 41 – „Baygon".
64 *Matscher*, Indikationentheorie an der Schwelle der Integration des österreichischen in das europäische Zivilprozeßrecht, JBl. 1996, 277.
65 Vgl dazu *Czernich*, Zu den Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung fremder Entscheidungen nach autonomem Recht (§ 79 EO), JBl. 1996, 495.
66 Vgl dazu *Czernich*, Die Ausländerprozeßkostensicherheit nach § 57 ZPO, ÖJZ 1998, 251.
67 Zu den Hintergründen der zögerlichen österreichischen Haltung *Urlesberger*, Ein einheitliches Gerichtsstandsrecht für ganz Westeuropa mit Ausnahme Österreichs im Werden, JBl. 1988, 223.
68 öBGBl. 1996/448.
69 Vgl *Mayr*, Das „Europäische Zivilprozeßrecht" und Österreich, ÖJZ 1997, 847.
70 öBGBl. III 1998/167.
71 ABlEG 1997, Nr. C 15,1.
72 *Czernich/Tiefenthaler*, Neue Aspekte im internationalen Verfahrensrecht durch den Beitritt Österreichs zum EuGVÜ, JBl. 1998, 745.
73 Vgl. öBGBl. III 207/1999.

festen Platz eingenommen. Seit dem Inkrafttreten des LugÜ zum 1. 9. 1996 sind nicht weniger als 43 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zum LugÜ/EuGVÜ ergangen, woraus sich schon allein die große Bedeutung dieses Übereinkommens für Österreich manifestiert, die in erster Linie aus der sprunghaft angewachsenen Anzahl internationaler Rechtsgeschäfte seit dem Beitritt zur EU resultiert. Die Analyse der Rechtsprechung zum EuGVÜ/LugÜ lehrt, daß sich die Gerichte – anfangs von gewissen Unsicherheiten irritiert – streng an die Auslegungsvorgaben des EuGH halten und nicht davon abweichen. Darüber hinaus findet auch die Rechtsprechung der Höchstgerichte der übrigen Mitgliedstaaten weite Berücksichtigung,[74] wobei hier statt eines oftmals an Billigkeitsgesichtspunkten orientierten Eklektizismus eine wertende Auswahl wünschenswerter wäre.

3. Neuregelung des autonomen internationalen Verfahrensrechts

Das im Verhältnis zu Drittstaaten weiterhin geltende autonome Zuständigkeitsrecht blieb von der Neuregelung zunächst unberührt. In Rahmen der Prozeßrechtsnovelle 1997[75] wurde jedoch auch dieser Rechtsbereich einer grundlegenden Neuordnung zugeführt, die sich weniger aus dem gesetzgeberischen Aufwand als der Wirkung ergibt: Bis zum Inkrafttreten dieser Novelle wendete der OGH – mangels gesetzlicher Regelungen – die sogenannte „Indikationentheorie" an, wonach die internationale Zuständigkeit eines österreichischen Gerichts nur dann gegeben war, wenn neben einer örtlichen Zuständigkeit eine hinreichende Nahebeziehung der Sache zu Österreich bestand.[76] In der Qualifikation dieser „hinreichender Nahebeziehung" war die Rechtsprechung ambivalent und schwer zu prognostizieren.[77] In dem neu eingefügten § 27 a der Jurisdiktionsnorm (JN) ordnet der Gesetzgeber nun an, daß die internationale Zuständigkeit immer besteht, wenn für die Sache ein örtlicher Gerichtsstand zur Verfügung steht, ohne daß es einer weiteren Beziehung zu Österreich bedürfte. Insofern kommt es zur uneingeschränkten Doppelfunktionalität[78] der örtlichen Zuständigkeiten[79] und einer der deutschen Rechtslage vergleichbaren Situation. Da das österreichische nationale Zuständigkeitsrecht viele Möglichkeiten vorsieht, zu einem Klägergerichtsstand zu gelangen,[80] erleichtert sich dadurch die Rechtsverfolgungsmöglichkeit gegenüber Personen mit Wohnsitz im Ausland entscheidend.

Diese Entwicklung hat auch für Kläger mit Sitz außerhalb Österreichs Bedeutung, die etwa gegen Personen mit Sitz in Osteuropa vorgehen wollen: Zum einen verfügen diese Personen häufig über Vermögen in Form von Bankguthaben in Österreich, so daß sie über den Vermögensgerichtsstand (§ 99 JN) in Österreich direkt gerichtspflichtig sind. Da nach Art. 25 EuGVÜ/LugÜ österreichische Urteile in den übrigen Vertragsstaaten auch dann vollstreckbar sind, wenn sich das Gericht nicht auf die Zuständigkeitsbestimmungen des EuGVÜ/LugÜ gestützt hat,[81] kann mit dem erreichten Titel auch in Vermögen des Beklagten vollstreckt werden, das sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Dadurch könnte das „forum-shopping" bei der Rechtsverfolgung gegenüber Personen mit Sitz in Osteuropa um eine Facette bereichert werden.

4. Internationales Privatrecht

Österreich verfügt mit dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht 1979[82] über ein verhältnismäßig junges und kompaktes Gesetz zur Regelung des IPR. Dieses wurde jedoch hinsichtlich seiner Regelungen über das internationale Vertragsrecht infolge des Inkrafttretens des Römischen Schuldvertragsübereinkommens (EVÜ)[83] in Österreich am 1. 12. 1998[84] aufgehoben. Dabei ist der österreichische Gesetzgeber nicht dem deutschen Vorbild der Inkorporierung des EVÜ in das EGBGB gefolgt, sondern hat das EVÜ als Staatsvertrag mit Gesetzeskraft umgesetzt.[85]

Seitdem ist das EVÜ die für internationale Verträge maßgebliche Kollisionsnorm. Die dadurch bedingten Änderungen zur zuvor bestehenden Rechtslage halten sich freilich in Grenzen:[86] Insbesondere wird das in Österreich bislang bestehende System der starren Verweisung durch die flexiblen Vermutungen des EVÜ (Art. 4 Abs. 1–4) ersetzt, zum anderen tritt an die Stelle des bislang gesetzlich vorgegebenen Renvoi die vom EVÜ normierte Sachrechtsverweisung.

VI. Regelungen des bürgerlichen Rechts zur Bewältigung der EURO-Einführung

Auch die Rechtsentwicklung im bürgerlichen Recht ist maßgeblich vom Anpassungsbedarf an das Gemeinschaftsrecht geprägt, wobei vor allem auf die Änderungen im Zusammenhang mit der Einführung des Euro näher einzugehen ist. Im bereits erwähnten 1. Euro-Justizbegleitgesetz wurden in Ergänzung zu den einschlägigen EG-Verordnungen[87] vor allem Regelungen im Bereich des Konsumentenschutzes sowie hinsichtlich Wertsicherungsklauseln getroffen.[88]

Gemäß Art. I § 3 1. Euro-JuBeG sind in Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Sinne des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes, die zwischen dem 1. 1. 1999 und dem 31. 12. 2001 abgeschlossen werden und deren Vertragsdauer über diesen Zeitpunkt hinausreicht, die vom Verbraucher zu zahlenden Beträge in Euro *und* in Schilling anzugeben. Von einer solchen Angabe kann jedoch abgesehen werden, wenn vereinbart wird, daß der Unternehmer dem Verbraucher bis spätestens 31. 12. 2001 unentgeltlich eine schriftliche Mitteilung zusendet, in der die genannten Beträge in Euro und in Schilling angegeben werden. Wurde der Vertrag bereits vor dem 1. 1. 1999 abgeschlossen, ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher bis spätestens zum 31. 12. 2001 unentgeltlich eine schriftliche Mitteilung, welche die vorgenannten Angaben enthält, zuzusenden. Die dargestellten Mitteilungspflichten können vertraglich im einzelnen abbedungen werden. Eine entsprechende Bestimmung in

74 *Czernich/Tiefenthaler*, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, 1997, vor Art. 1 Rz. 23.
75 öBGBl. I 1997/140.
76 *Rechberger/Simotta*, Grundriß des Zivilprozeßrechts, 1995, 27; *Mayr*, in: Rechberger, ZPO 1994, Rz. 4 zu § 28 JN.
77 *Matscher*, Die Neuregelung der inländischen Gerichtsbarkeit durch die WGN 1997, JBl. 1998, 488, 490.
78 *Schack*, Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, Rz. 236.
79 *Heiss/Mayr*, Neuerungen im österreichischen internationalen Verfahrens- und Vertragsrecht, IPRax 1999, 305.
80 *Mayr*, in: Bajons/Mayr/Zeiler, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, 1997, 103.
81 *Schack* (Fn. 78), Rz. 798; *Czernich*, Vermögensgerichtsstand und Europäisches Zivilproßrecht, öAnwBl. 1996, 286, 288.
82 öBGBl. 1978/304, i. d. F. öBGBl. I 1999/18.
83 ABlEG Nr. L 266/1, i. d. F. ABlEG Nr. C 27/34.
84 öBGBl. III 1998/166 i. V. m. öBGBl. I 1999/18.
85 Vgl *Posch/Horn*, Kritische Anmerkungen zum Entwurf des BMfJ über die Neuordnung des österreichischen internationalen Schuldvertragsrechts, ZfRV 1998, 45.
86 Vgl dazu *Czernich/Heiss*, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen: Neues internationales Vertragsrecht für Österreich, ÖJZ 1998, 681.
87 Insbesondere VO (EG) Nr. 1103/97; VO (EG) Nr. 974/98.
88 Zum Problem der Auswirkung der Euro-Einführung auf das Vertragsrecht allgemein vgl. *Zahradnik*, Euro und Vertragsrecht, wbl 1998, 1.

allgemeinen Geschäftsbedingungen ist allerdings nicht ausreichend. Verstößt der Unternehmer gegen die Mitteilungspflichten, so bleibt dies im wesentlichen sanktionslos. Insbesondere berührt ein solcher Verstoß nicht die Rechtswirksamkeit des Vertrags. Allerdings könnte der Verbraucher den Unternehmer letztlich im Klageweg zur Übersendung einer entsprechenden Mitteilung veranlassen. Ob die genannten Mitteilungspflichten im Hinblick auf Art. 28 EGV auch im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr anwendbar sind, ist fraglich, wohl aber zu bejahen.

Fällt im Bereich der Wertsicherungsklausel ein der Vereinbarung zugrunde gelegter Wertmesser nach Einführung des Euro weg, so ist gemäß Art. I § 2 Abs. 1 1. Euro-JuBeG der nach Funktion und Parteienabsicht am ehesten entsprechende Wertmesser heranzuziehen. Erwähnt sei schließlich noch, daß Klagen vor österreichischen Gerichten seit dem 1. 1. 1999 gemäß Art. I § 4 1. Euro-JuBeG auch auf Leistung in Euro lauten können.

VII. Öffentliches Beschaffungswesen

1. Allgemeines

Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge war in Österreich bis 1994 gesetzlich nicht geregelt: Viemehr glaubte die öffentliche Hand, mit reinen Selbstbindungsnormen, aus denen den Bietern keine subjektiven Rechte erwuchsen, eine hinreichende rechtliche Grundlage für die Entscheidungen zu gewährleisten. Diese Situation führte zu einer weitgehenden Rechtlosigkeit der Bieter im Vergabeverfahren.[89] Erst zu Beginn der neunziger Jahre nahm sich die Rechtsprechung des OGH vermehrt des Problems übergangener Bieter an und sprach in einer spektakulären Entscheidung erstmals im Jahr 1994 aus, daß das in den Selbstbindungsnormen verankerte Gebot der Bietergleichbehandlung im Fall seiner Übertretung dem Bieter Ersatz des entgangenen Gewinns gewährt.[90]

2. Pluralität der Rechtsquellen

Durch den Beitritt Österreichs zum EWR wurde infolge der Notwendigkeit, die Vergaberichtlinien der EG[91] in nationales Recht umzusetzen,[92] auf Bundesebene ein eigenes Bundesvergabegesetz (BVergG) erlassen. Da nach überwiegender Auffassung dem Bund die Kompetenz zum Erlaß eines einheitlichen Vergabegesetzes fehlt, regelt dieses Bundesvergabegesetz nur die Vergabe durch Rechtsträger des Bundes, während neun Landesvergabegesetze die Vergabe durch die Landesrechtsträger regeln. Wenngleich die bundes- und landesrechtlichen Vorschriften durch das EG-Richtlinienrecht determiniert sind, führt diese Zweigleisigkeit zu einer nicht unbeträchtlichen Rechtszersplitterung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe.

Diese Rechtszerplitterung wird neben dem Rechtsquellenpluralismus bei der Frage des räumlichen Anwendungsbereichs durch einen Rechtsquellenpluralismus beim sachlichen Anwendungsbereich verstärkt. Das BVergG kommt nur bei Überschreitung der Schwellenwerte für die einzelnen Auftragsarten zur Anwendung: Diese betragen bei Lieferaufträgen 200 000 EURO, bei Bauaufträgen 5 Millionen EURO, bei Dienstleistungsaufträgen 200 000 EURO und bei Vergaben im Sektorenbereich 400 000 EURO bzw. 600 000 EURO im Telekommunikationsbereich.[93] Für Vergabeverfahren, die diesen Wert nicht erreichen, erklärt § 13 BVergG die ÖNORM A 2050 für verbindlich, soweit es sich nicht um Aufträge im Dienstleistungs- oder Sektorenbereich handelt. Diese Industrienorm A 2050 enthält materielle Vorschriften über den Ablauf des Vergabeverfahrens, die den entsprechenden Vorschriften des BVergG in ihrem Regelungsgehalt nahekommen. Die entscheidende Bedeutung der Schwellenwerte zeigt sich nur im Rechtsschutz: Während das BVergG ein eigenes Rechtsschutzverfahren kennt, sind übergangene Bieter unterhalb der die Anwendbarkeit des BVergG auslösenden Schwellenwerte auf die Hilfe der allgemeinen Gerichte angewiesen, deren Verfahrensrecht und einschlägige Rechtskenntnis auf diesem speziellen Gebiet zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes oft nicht hinreichend ist. Diese Differenzierung wurde vom Vergabesenat des Landes Oberösterreich für verfassungswidrig[94], vom Bundesvergabeamt dagegen für verfassungskonform[95] erachtet. Eine endgültige Klärung durch den Verfassungsgerichtshof steht noch aus.

3. Rechtsschutzverfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das BVergG durch das sukzessive Tätigwerden mehrerer Behörden gekennzeichnet.[96] Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen vergebender Stelle und Bieter vor Erteilung des Zuschlags hat sich der Bieter zunächst an die Bundesvergabekontrollkommission (BVKK) – funktional den Vergabeprüfstellen (§ 103 GWB) vergleichbar – zu richten. Diese hat die Parteien zu hören und nach einem Schlichtungsversuch eine begründete Empfehlung zur Lösung der Meinungsverschiedenheiten abzugeben. Nach § 109 Abs. 8 BVergG bewirkt die Anrufung der BVKK durch den Bieter eine Sperrwirkung hinsichtlich der Erteilung des Zuschlags für vier Wochen: Innerhalb dieses Zeitraums kann der Zuschlag nicht wirksam vergeben werden. Führt das Verfahren vor der BVKK zu keiner Einigung, so kann der Bieter ein Verfahren beim Bundesvergabeamt (BVA) anstrengen. Das BVA – vergleichbar den Vergabekammern (106 GWB) – ist eine beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten angesiedelte weisungsfreie Behörde, an deren kollegialer Entscheidungsfindung Richter und Fachleute mitwirken. Das BVA kann bis zur Zuschlagserteilung gesetzwidrige Entscheidungen der vergebenden Stelle für nichtig erklären und zur Absicherung seiner Entscheidungen einstweilige Verfügungen erlassen. Unter „Entscheidungen der vergebenden Stelle" fallen insbesondere auch die Ausschreibungsbedingungen, so daß das BVA nachträglich eine Korrektur der Ausschreibung vornehmen kann. § 117 Abs. 2 BVergG weist hier insbesondere auf diskriminierende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen hin. Das BVA hat innerhalb von zwei Monaten zu entscheiden. Seine Anrufung ohne vorherige Befassung der BVKK ist unzulässig. Das BVA entscheidet in letzter Instanz, ein weiterer Rechtszug, wie in Deutschland an die Vergabesenate, ist nicht vorgesehen.[97]

89 *Funk*, Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl. 1987, 150, 152.
90 OGH, 19. 10. 1994, wbl 1995, 77; ecolex 1995, 95.
91 RL 92/13/EWG; RL 92/13/EWG; RL 93/36/EWG.
92 Anh. XVI EWR-Vertrag.
93 Diese Schwellenwerte ergeben sich nach der Novelle zum BVergG, die noch im Jahre 1999 in Kraft treten wird. Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags betragen die Schwellenwerte den gleichen Betrag in Ecu.
94 Veröffentlicht in Bauintern 1999, 36.
95 BVA, 29. 4. 1999 – N-21/99-7.
96 *Czernich/Rungg*, BVergG: Neuerungen im Geltungsbereich und Rechtsschutz, RdW 1997, 63.
97 Das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wegen der Verletzung verfassungsrechtlich gewährter Rechte bleibt jedoch unberührt.

Die zwingende Vorschaltung der nur streitschlichtend wirkenden Bundes-Vergabekontrollkommission hat zur Überlastung dieser Behörde geführt. Dabei hat sich gezeigt, daß das Schlichtungsverfahren nach Angebotseröffnung ohnehin nicht zur gütlichen Einigung führt. Daher sieht die Novelle zum BVergG[98] in § 110 Abs. 2 vor, daß die Bundesvergabekontrollkommission die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens ablehnen und die Streitparteien direkt an das BVA verweisen kann.

Behauptet ein Bieter erst nach Zuschlagserteilung, der Auftrag hätte bei gesetzeskonformer Vorgehensweise der vergebenden Stelle an ihn vergeben werden müssen, so ist ihm die sofortige Klage auf Schadenersatz verwehrt. Vielmehr muß er zunächst das BVA innerhalb von sechs Wochen nach Kenntnis der Zuschlagserteilung anrufen und dort ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens anstrengen. Erst wenn das BVA feststellt, daß der Auftrag ihm hätte erteilt werden können, kann er den entstandenen Schaden bei Gericht einklagen, das somit nur noch über die Höhe des Schadens zu entscheiden hat.[99] In diesem Punkt unterscheidet sich das BVergG von der in Deutschland bestehenden Rechtslage, wo die Anrufung der Zivilgerichte auch ohne vorherige Befassung der Vergabekammern zulässig ist.[100]

Durch das gemeinschaftsrechtlich veranlaßte Inkrafttreten des BVergG und der Landesvergabegesetze ist es zu einer markanten Verbesserung der Rechtsstellung von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gekommen. Diese Verbesserung kommt im selben Maße natürlich ausländischen Bietern zugute, die erstmals durch das BVergG (und die am 1. 1. 1995 in Kraft getretenen Freizügigkeitsbestimmungen) völlige Gleichstellung mit österreichischen Bietern erlangten. Durch das Inkrafttreten des General Agreement on Procurement (GPA)[101] hat sich der Bedarf gezeigt, das BVergG an das GPA anzupassen. Diese Anpassungen werden in der Novelle 1999[102] vorgenommen. Zu einer wesentlichen Änderung der Rechtslage kommt es dadurch nicht, weil das GPA auf den VergabeRL der EG aufbaut.

VIII. Elektrizitätswirtschaft: Neuordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen

Die Elektrizitätswirtschaft besitzt in Österreich aufgrund zweier Faktoren eine erhebliche – auch internationale – Bedeutung: Zum einen läßt die hochalpine Oberflächenstruktur die Gewinnung von durch Wasserkraft gewonnener Energie leicht zu, die dann als Spitzenstrom in die Ballungsgebiete Europas verkauft wird. Zum anderen kommt es aufgrund der verkehrsgeographischen Lage Österreichs häufig zu Durchleitungen von Strom über die österreichischen Netze im Transitweg.

Durch das am 19. 2. 1999 in Kraft getretene Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz (ElWOG)[103], kommt es zu einer Liberalisierung des bisher streng reglementierten Strommarkts. Das ElWOG erging in Umsetzung der Richtlinie betreffend gemeinsamer Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt.[104] Dabei wird die Umsetzung der Richtlinie in Österreich dadurch kompliziert, daß Angelegenheiten der Elektrizitätswirtschaft gemäß Art. 12 des Bundesverfassungsgesetzes in die Grundsatzgesetzgebung des Bundes und die Ausführungsgesetzgebung der Länder fallen. Nach österreichischer Gesetzgebungstradition wird der Gestaltungsspielraum der Länder dabei jedoch sehr eng gezogen, so daß die Landesgesetzgebung in diesem Bereich oft zum Formalakt degradiert wird. Somit ist die Rechtslage im Elektrizitätswirtschaftsbereich durch das ElWOG beinahe abschließend vorgegeben.[105]

Bei der Umsetzung der Richtline hat sich Österreich hinsichtlich der von ihr eröffneten Wahlmöglichkeiten der Regelung des Netzzugangs für die Variante des Art. 17 Abs. 4 RL entschieden: Demnach steht nur zugelassenen Kunden, Eigenerzeugern und unabhängigen Erzeugern das Recht auf freien Netzzugang zu. Abgesichert wird das Recht auf Netzzugang durch einen in § 17 ElWOG eingeräumten Rechtsanspruch. Dabei sind die Tarife für den Netzzugang zuvor vom Bundesministerium für öffentliche Wirtschaft und Verkehr zu bestimmen, ebenso wie die übrigen Bedingungen des Netzzugangs. Die Preise und Bedingungen des Netzzugangs werden somit amtlich bestimmt und nicht dem freien Wettbewerb überlassen.[106]

Bei den zugelassenen Kunden handelt es sich im einzelnen um Großverbraucher elektrischer Energie[107] und um Betreiber von Verteilernetzen. Mit letzteren sind vor allem kommunale Elektroversorger gemeint. Soweit sie selbst ein eigenes Übertragungsnetz betreiben, sind sie jedenfalls als zugelassene Kunden zu betrachten, ansonsten kommt es auf den Umfang ihrer Abgabe an Endverbraucher an.[108] Unabhängige Erzeuger und die ihnen gleichgestellten Eigenerzeuger sind Erzeuger von elektrischer Energie, gleich wo sie ihren Sitz haben. Somit wird etwa auch deutschen Energieunternehmen das Recht auf Nutzung der Übertragungsanlagen eingeräumt. Das ElWOG räumt ihnen in § 39 das Recht auf Netzzugang allerdings nur so weit ein, als sie dadurch einen zugelassenen Kunden versorgen.

IX. Fazit

Das österreichische Wirtschaftsrecht wurde in den letzten Jahren einer europarechtlich induzierten grundlegenden Neuordnung unterworfen. Dabei diente das Gemeinschaftsrecht in vielen Fällen als Hebel, verkrustete Strukturen aufzubrechen. Bedauerlich ist dagegen festzustellen, daß der österreichische Gesetzgeber – einer interventionistischen Denktradition verpflichtet – den von den Richtlinien eingeräumten Gestaltungsspielraum in fast allen Fällen zu Lasten der Liberalisierung und zugunsten der Regulierung ausnutzte. Dennoch präsentiert sich das österreichische Wirtschaftsrecht heute als den unternehmerischen Bedürfnissen angepaßte Materie.

98 RV 1650 dB XX.GP, 1.
99 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung (Trennung von Justiz und Verwaltung) hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Erkenntnis v. 3. 3. 1998 – G 450/97 zerstreut.
100 Vgl. *Dreher*, Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, 343.
101 ABlEG 1994 Nr. L 336.
102 RV 1650 dB XX.GP.
103 öBGBl. I 1998/143.
104 ABlEG 1996 Nr. L 27/20.
105 So auch der Bundesgesetzgeber selbst, vgl. RV 1650 dB XX.GP.
106 *Schanda*, Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, wbl 1999, 45, 49.
107 Inwieweit sich ein Kunde als Großverbraucher qualifiziert, hängt von seinem Verbrauch ab. Hierbei sinkt der Grenzwert pro Verbrauchsstätte, den das Gesetz zieht, jährlich ab: Ab 19. 2. 1999 liegt der Grenzwert bei 40 GWh, ab 19. 2. 2000 bei 20 GWh und ab 19. 2. 2003 bei 9 GWh.
108 Die Grenzwerte liegen ab 19. 2. 2002 bei 40 GWh und ab 19. 2. 2003 bei 9 GWh.