Republik Österreich
Bundeskartellanwalt

Tätigkeitsbericht 2022

Heinz Ludwig Majer / Gustav Stifter /Verena Strasser / Sonja Rentz

1. ÜBERBLICK

Die Anzahl der Zusammenschluss-Anmeldungen ging aufgrund der mit dem KaWeRÄG 2021 eingeführten doppelten Inlandsschwelle[1] von 594 im Jahr 2021 auf 311 im Jahr 2022 um 47% zurück. Dennoch lag der quantitative Schwerpunkt in der Fusionskontrolle: Der Bundeskartellanwalt („BKAnw") beantragte in drei Fällen (2021: 3 Fälle) die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG). In insgesamt drei weiteren wichtigen Verfahren wurden Auflagen angeboten, wodurch die Zusammenschlüsse bereits in Phase I freigegeben werden konnten.

Ebenso rekurrierte der BKAnw im Verfahren Meta gegen eine Entscheidung des KG.

Darüber hinaus wurden in 7 Verfahren (2021: 8) begründete Stellungnahmen erstattet und sämtliche kartellgerichtliche Verfahren (einschließlich jener der Direktanträge von Unternehmen) begleitet.

Insgesamt sind beim BKAnw im Jahr 2022 478 Akten (2021: 721 Akten) neu angefallen.

In den Abschnitten 3 bis 6 werden einige ausgewählte, vom BKAnw initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt.

2. PERSONELLE ÄNDERUNGEN

Mit der Verbraucherbehördenkooperations-VO[2] (CPC-VO) und der ECN+ RL[3] verpflichteten sich die Mitgliedstaaten, Kartell- und Verbraucherbehörden mit ausreichend Personalressourcen auszustatten. Daher wurden in den Materialien zum VerbraucherbehördenkooperationsG 2021 (VBKG) neue Planstellen für je eine/einen BKanw-Stv, eine/einen juristische Mitarbeiter:in und eine Kanzleikraft vorgesehen.

Im Laufe des Jahres 2022 wurde Mag.a Verena Strasser als weitere stellvertretende Bundeskartellanwältin bestellt, Mag. Gustav Stifter, MBA zum fünften mal als stellvertretender BKAnw wiederbestellt und Frau Sonja Rentz, LLM als juristische Mitarbeiterin aufgenommen.

[1] Mit dem KaWeRÄG 2021 (BGBl. I Nr. 176/2021)wurde §9 Abs1 Z 2 KartG wie folgt geändert: *„.im Inland insgesamt mehr als 30 Millionen Euro, davon mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als eine Million Euro, und"*

[2] Verordnung (EU) 2017/2394 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, Abl L 2017/345, 1.

[3] Richtlinie (EU) 2019/1 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, Abl L 2019/11, 3.

3. ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

Im Jahr 2022 beantragte der BKAnw (ohne BWB) die Prüfung von drei Zusammenschlüssen durch das KG:

3.1 ARAplus Saubermacher; Digi-Cycle - Prüfungs- und Verbesserungsantrag[4]

Am 28.12.2021 wurde die beabsichtigte Gründung eines Gemeinschaftsunternehmen „Digi-Cycle GmbH“ durch die ARAplus GmbH (Araplus) und die Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft („Saubermacher“) als Zusammenschluss angemeldet.

Der zu prüfende Sachverhalt war durchaus komplex:

ARAplus ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Altstoff Recycling Austria Aktiengesellschaft („ARA“). ARA ist eine nicht gewinnorientierte Aktiengesellschaft, die seit 1993 als Sammel- und Verwertungssystem) gemäß § 29 AWG 2002 den Verpackungsabfall im Namen der eigentlich verpflichteten Hersteller durch Beauftragung von Dienstleistern (wie Saubermacher) sammelt und verwertet. Die ARA AG steht indirekt zu rund 80% im Eigentum der von der VerpackVO betroffenen Wirtschaft. Im Aufsichtsrat sind Personen vertreten, die auch Organwalter bei REWE, Hofer, SPAR, Ottakringer oder NÖM neben weiteren Unternehmen sind. Gewinnorientierte Geschäftsbetriebe und Beteiligungen hält ARA AG in der ARAplus GmbH.

ARA schreibt Dienstleistungen für Sammlung und Sortierung regional an Unternehmen wie Saubermacher aber auch kommunale Dienstleister wie die Stadt Graz aus. Andere Sammel- und Verwertungssysteme können bzw. müssen in diese Dienstleistungsverträge ebenfalls eintreten und die gesammelten Verpackungen in Höhe ihres Marktanteils vom jeweiligen Dienstleister abholen.

Der österreichweite Anteil der ARA betrug bei Leichtverpackungen (im Wesentlichen Kunststoffflaschen und Getränkedosen) rund 68 %[5]:

Saubermacher ist in der Abfallentsorgung und -verwertung schwerpunktmäßig in Österreich, aber auch in Deutschland, Slowenien, Kroatien, Tschechien und Ungarn tätig. Das Dienstleistungsspektrum der Saubermacher reicht entlang der Abfall-Wertschöpfungskette von der Sammlung über die Aufbereitung bis zur Verwertung und Entsorgung von Abfällen. Als Teilaspekt ihres Kerngeschäfts betreibt Saubermacher über die Pink Robin GmbH zudem eine digitale Plattform zur Abwicklung der Sammlung und Behandlung von unterschiedlichsten Arten von Abfällen.

Der BKAnw hatte kritische Stellungnahmen von Wettbewerbern zu dem Zusammenschluss erhalten, die unter anderem befürchteten, dass ARA und Saubermacher ihre behauptete bereits marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Sammel- und Verwertungssysteme für Leichtverpackungen auf das neu zu errichtende Kunststoffflaschen-Pfandsystem als „digitales Pfandsysteme“ übertragen könnten. Auch wurde auf die organisatorische Verbindung zwischen ARA und einzelnen Handes- und Industrieunternehmen hingewiesen. Speziell die mögliche Errichtung einer „zentralen Stelle“, die „Unique-Codes“ für die gesamte Branche verwalten würde, gab Anlass zu wettbewerblichen Bedenken.

[4] KA 699/21 (BWB/Z-5825, 27 Kt 1/22g)

[5] https://secure.umweltbundesamt.at/eVerpackung/veroeffentlichung.xhtml [abgefragt am 17.07.2022]

Im Mai 2018 verabschiedeten die EU-Mitgliedstaaten das „Kreislaufwirtschaftspaket“[6], das eine wesentliche Steigerung der Recylingziele für Kunststoff, Holz, Eisen, Aluminium, Glas und Papier/Karton vorschreibt. Die Recyclingziele für Kunststoffe wurden durch die Verpackungsverordnung von gegenwärtig 22,5% auf 50% bis 2025 und 60% bis 2030 erhöht, weshalb Pfandsysteme notwendig werden.

Digi-Cycle sah einerseits ein digitales Incentivesystem wie zB Gewinne für in Recycling-Behälter geworfene Flaschen vor. Dieses wurde vom BKAnw durchaus begrüßt. Andererseits sah es die Entwicklung und Errichtung eines digitalen Pfandsystems vor allem für Kunststoff-Getränkeflaschen vor, bei dem jede einzelne Flasche durch einen aufgedruckten „Unique-Code“ identifizierbar gemacht werden sollte. Über Einscannen über eine Handy-App des Unique-Code-Codes auf der Flasche und des jeweiligen gelben Sacks oder Entsorgungskübels, in den die Flasche geworfen wird, sollte das Pfand abgerechnet werden. Bedenken bestanden darin, dass durch die Errichtung des Unique-Code-Systems und Vergabe der Codes an Wettbewerber als „Registrierungsstelle“ eine monopolistische Position geschaffen werden würde. Einerseits könnte über die Vergabe der kostenpflichtigen Unique-Codes monopolistische Gebühren verlangt werden, andererseits hätte Digi-Cycle als Organisator einen „First Mover Advantage“ gegenüber konkurrierenden Systemen und könnte die Informationen (beispielsweise zur Anfrage gewisser Unique-Code-Blocks durch Wettbewerber für einen bestimmen Getränkehersteller) für eigene zeitnahe wettbewerbliche Reaktionen verwenden. Ein System von Unique-Codes stellt wahrscheinlich ein natürliches Monopol da. Gerade die Funktion der „Registrierungsstelle“ sollte deshalb nicht in den Händen eines Systems liegen, das in Wettbewerb mit anderen Systemen steht und in dem einige Unternehmen repräsentiert sind und andere nicht, sondern bei einer von wirtschaftlichen Partikulärinteressen unabhängigen Stelle.

Alleine die Tatsache, dass ARA das Konzept frühzeitig den eigenen Aufsichtsratsmitgliedern präsentierte, die gleichzeitig die größten Kunden von Sammel- und Verwertungssystemen in Österreich sind, zeigte welche Möglichkeiten der Übertragung der Marktmacht aus den bestehenden Märkten auf dieses neue Marktsegment bestehen.

Der BKAnw stellte auch einen Antrag auf Verbesserung der Anmeldung, da die Anmeldung den weltweiten Markt für Customer Relationship Management ("CRM")-Softwarelösung als den einzig relvanten Markt darstellte. CRM-Softwarelösungen helfen Unternehmen bei der Abwicklung ihrer Kommunikation mit Kunden, indem sie Daten aus unterschiedlichen Quellen wie Vertrieb, Marketing oder Kundendienst zusammentragen und automatisiert verarbeiten. Als Wettbewerber wurden Unternehmen wie Salesforce, SAP, Microsoft und IBM angegeben, nicht aber jene für Sammel- und Verwertungssysteme (wie ARA) oder die Sammlung von Kunststoffverpackungen (wie auch Saubermacher). In weiterer Folge erteilte das KG den Anmeldern einen Verbesserungsauftrag bei sonstiger Zurückweisung der Zusammenschlussanmeldung, dem die Zusammenschlusswerber nicht nach kamen.

Mit Beschluss 27 Kt 1/22g - 12 vom 29.3.2022 wies das KG die Anmeldung zurück, wodurch kein anmeldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben mehr vorlag. Auch der Prüfungsantrag des BKAnw wurde mit Beschluss vom 29.4. zurückgewiesen, da mangels Anmeldung kein anmeldebedürftiger Zusammenschluss mehr vorlag. Letzterer wurde in der Ediktsdatei veröffentlicht.[7]

[6] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_3846

[7] OLG Wien, Beschluss vom 29.4.2022 zu 27 Kt 1/22g (https://edikte.justiz.gv.at/edikte/ek/ekedi17.nsf/suchedi?SearchView&subf=e&SearchOrder=4&SearchMax=4999&retfields=ARA*&ftquery=ARA*&query=%28ARA*%29#1690457330035 abgefragt am 26.7.2023)

3.2 KA 242/22-1 (Z-6044, 24 Kt 7/22t) Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft; Digi-Cycle GmbH;

Nach der Rückziehung der Zusammenschlussanmeldung hatte ARAplus „Digi-Cycle“ als unter alleiniger Kontrolle stehende Konzerngesellschaft gegründet. Ebenso hatte Digi-Cycle einen Lizenzvertrag zur Verwendung bestimmter Software und Logos von Saubermacher abgeschlossen. Gegenstand der Zusammenschlussanmeldung war nun nicht mehr die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, sondern der Erwerb eines 50%igen Anteils an Digi-Cycle durch Saubermacher.

Auch die wettbewerblichen Bedenken hatten sich deutlich verschoben.
War beim ersten Verfahren das Hauptbedenken, dass Digi-Cycle Registrar eines lukrativen Pfandsystems für Plastik-Getränkeflaschen werde, kündigte die Bundesministerin für Klimaschutz und Umwelt während des zweiten Verfahrens am 8.9.2022 an, dass - wie in Deutschland - für Einweggetränkeflaschen und -dosen in Österreich die Rücknahme – mit Ausnahme sehr kleiner Geschäfte – über den Handel erfolgen werde. Handel und Industrie hatten dem zugestimmt.

Auch hatte ARA zwischenzeitlich die Errichtung einer Sortieranlage für Leichtverpackungen gemeinsam mit dem Dualen System Deutschland und der Bernegger GmbH im oberösterreichischen Ennshafen begonnen. Nach eigener Aussage wird dies die größte Anlage Österreichs sein. ARA war infolgedessen ein Wettbewerber im Betrieb von Sortieranlagen für Leichtverpackungen von Saubermacher geworden.[8] Nach Inbetriebnahme der Sortieranlage Ennshafen werden ARA und Saubermacher nach Berechnungen des BKAnw gemeinsam Marktanteile deutlich über der Marktbeherrschungsvermutung halten.

Ebenso war Saubermacher über den Erwerb von 50,1% an dem deutschen Verwertungssystem für Batterien, GRS Service GmbH, zumindest in einem anderen räumlich relevanten Markt ebenfalls Betreiber eines Sammel- und Verwertungssystems geworden.

Der BKAnw argumentierte, dass neben den Pfandsystemen für Kunststoffflaschen auch Pfandsysteme für Produkte wie Batterien oder Kaffeekapseln im Gespräch seien, wodurch sich weitere Chancen für digitale Pfandsysteme ergeben könnten.

Ebenso wurde auf die zahlreichen Gemeinschaftsunternehmen von Saubermacher mit anderen Entsorgungsunternehmen und Gemeinden bzw Städten hingewiesen.

Am 14.11.2022 gaben die Zusammenschlusswerber eine umfangreiche Verpflichtungserklärung ab, die folgende Punkte umfasst:

- keine Tätigkeit für Digi-Cycle als Zentrale Stelle im Rahmen eines digitalen Einwegpfandsystems für Verpackungen.
- Um eine Koordination von ARA und Saubermacher auf jenen Märkten zu verhindern, auf denen die beiden Muttergesellschaften von Digi-Cycle tätig sind, wird die

[8] Da es sich bei der Sortieranlage um kein Vollfunktions-GU handelt, war diese Gründung auch nicht als Zusammenschluss anmeldepflichtig, unterliegt jedoch den Bestimmungen der §§ 1 und 4 KartG.

Unabhängigkeit von Digi-Cycle gegenüber ihren Muttergesellschaften durch zwei Maßnahmen gestärkt und

- der Informationsfluss zwischen den Muttergesellschaften über Digi-Cycle auf das für deren Unternehmensgegenstand durch drei Maßnahmen notwendige Minimum reduziert
- ebenso sieht die Auflage Berichtspflichten vor.

Auf Grundlage dieser Verpflichtungserklärung zog der BKAnw seinen Prüfungsantrag zurück, das kartellgerichtliche Verfahren wurde in weiterer Folge mit Beschluss vom 9.12.2022 für beendet erklärt[9].

Die Zusammenschlusswerber lehnten eine Veröffentlichung der Auflagen ab.

3.3 KA 314/22-1 (Z-6107, 25 Kt 11/22p) Saubermacher Dienstleistungs AG; Pölzleitner Holz GmbH Verfahren durch Rückziehung beendet

Am 12.10.2022 wurde bei der Bundeswettbewerbsbehörde die Gründung eines 50:50 Gemeinschaftsunternehmens der Saubermacher Dienstleistungs AG und der Pölzleitner Holz GmbH für den Bereich Altholz angemeldet. Da Pölzleitner historisch gewachsen eine sehr starke Position in der Altholzrecycling-Sammlung hält und auch das Gemeinschaftsunternehmen HolzRec gemeinsam mit Brantner (einem Wettbewerber von Saubermacher)3 kontrolliert sowie aufgrund von Rückmeldungen aus dem Markt, die Marktanteile in einzelnen Regionen deutlich über der Vermutungschwelle einer marktbeherrschenden Stellung behaupteten, stellte der BKAnw einen Prüfungsantrag an das KG.

Betroffene Produkte

Altholz[10] ist ein sehr begehrter Rohstoff für die „stoffliche Verwertung“ in der Spanplattenindustrie, wo moderne Sortieranlagen jede einzelne Faser auf deren Eignung zur Weiterverarbeitung überprüfen. Qualitativ weniger hochwertiges Altholz wird in Anlagen mit entsprechender Filtertechnik thermisch verwertet. Altholz ist aufgrund des Volumens sehr transportkostenintensiv, durch Schreddern in geeigneten Anlagen können die Transportkosten wesentlich reduziert (und damit der Einzugsbereich vergrößert) werden.

Nach Stellung eines Prüfungsantrages durch den BKAnw bestellte das KG einen Sachverständigen. Da Verhandlungen zwischen den Zusammenschlusswerbern und dem BKAnw über Auflagen begonnen hatten, war es Aufgabe des Sachverständigen, diese Verhandlungen zu begleiten.

Der Sachverständige fragte detaillierte Daten über die Sammlung und Verwertung von Altholz vom Umweltbundesamt sowie von Marktteilnehmern ab und teilte in weiterer Folge die wettbewerblichen Bedenken des BKAnw, soweit diese nicht durch Auflagen ausgeräumt werden könnten.

[9] KG 9.12.2022, 24 Kt 7/22t - 14

[10] Insbesondere handelt es sich um „Altholz“ der Schlüsselnummern 17201* “Holzemballagen und Holzabfälle“ sowie 17202* „Bau- und Abbruchholz“.

Die von den Zusammenschlusswerbern angebotenen Auflagen wurden dann einem Markttest unterzogen.

Vereinbarte Auflagen[11]

Dritte äußerten sich dahingehend, dass Holzlagerplätze zur Vorsortierung und zur Zerkleinerung von Holz aufgrund der zahlreichen notwendigen Genehmigungen ein sehr knappes Gut darstellen. Infolgedessen wurde durch Auflagen der Zugang Dritter zu Holzlagerplätzen sicher gestellt:

- Pölzleitner und Saubermacher verpflichten sich, Dritten, die in Wien, Niederösterreich Burgenland und/oder Steiermark auf den sachlich relevanten Märkten tätig sind, diskriminierungsfrei auf Grundlage einer veröffentlichen Nutzungsvereinbarung Zugang zu Lagerplätzen zu bestimmten Kapazitäten und Konditionen zu gewähren.
- Der Informationsfluss zwischen Saubermacher, Pölzleitner und den Pölzleitner-Gemeinschaftsunternehmen wird durch Maßnahmen wie Trennung der IT-Systeme, interne Richtlinien und Doppelbeschäftigungsverbote massiv beschränkt.
- Es gilt eine Akquisitionssperre für den sachlich und räumlich relevanten Markt.
- Berichtspflichten erleichtern den Amtsparteien die Überwachung der Auflagen.

Da die Auflagen die wettbewerblichen Bedenken des BKAnw und des Sachverständigen ausräumten, wurde der Prüfungsantrag zurückgezogen. Das KG gab die damit verbundene Verfahrensbeendigung mit Beschluss vom 31.1.2023 bekannt.[12]

3.4 Rechtsmittel und Entwicklung zu Meta Platforms (vormals: Facebook); GIPHY[13]

Wie bereits in den Vorperioden berichtet, hatte Meta Platforms (vormals Facebook) am 15.5.2020 den GIF-Anbieter GIPHY übernommen. Nach nachträglicher Anmeldung des Zusammenschlusses am 20. Juli 2021 zu BWB/Z-5549 stellten sowohl die BWB als auch BKAnw in enger Abstimmung Prüfungsanträge.

Das KG bestellte einen wettbewerbsökonomischen Sachverständigen, der schlussfolgerte, dass

- Facebook auf dem Markt für soziale Medien eine marktbeherrschende Stellung innehält, selbst dann, wenn Youtube in den Markt einbezogen werden würde,
- Facebook auf dem Markt für nicht-suchgebundene Online-Werbung eine marktbeherrschende Stellung hält,
- den von der CMA, der BWB und dem BKAnw vorgebrachten Bedenken über Verstärkung der horizontalen marktbeherrschenden Stellung auf Online-Werbemärkten sowie auf dem Markt für GIFs nicht gefolgt wird,
- jedoch eine Gefahr besteht, dass Facebook andere soziale Netzwerke und andere Produzenten von GIFs von GIPHY abschottet, somit Facebook noch attraktiver für

[11] Diese Auflage ist auf der Website der BWB verfügbar (https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/20230124_Verpflichtungszusage_final_FT_SDAG.pdf abgefragtam 28.7.2023)

[12] KG 31.1.2023, 25 Kt 11/22p - 20

[13] KA 408/21-2 (BWB/Z-5549, 28 Kt 8/21t, 28 Kt 9/21i; 16 Ok 3/22k, 16 Ok 4/22g)

Nutzer wird und dadurch seine marktbeherrschende Stellung weiter verstärken könnte.

- und folglich der Zusammenschluss mit komplexen Auflagen zu genehmigen wäre.

Das KG folgte in seinem Beschluss dem ökonomischen Sachverständigen und genehmigte den Zusammenschluss unter Auflagen.

Gegen diesen Beschluss rekurrierten BWB und BKAnw.

Der OGH als KOG folgte in seinem Beschluss vom 23.6.2022 (16 Ok 3/22k, 16 Ok 4/22g) nicht den Rekursen der Amtsparteien und bestätigte somit die Freigabe unter Auflagen des KG.

3.4.1 GIPHY nach Entscheidung der CMA von Meta an Shutterstock verkauft

Berichtenswert ist, dass die britische Wettbewerbsbehörde CMA in deren Beschluss vom 30.11.2021[14] Meta auftrug, GIPHY wieder zu verkaufen.

Dieser Beschluss wurde vom englischen Competition Appeal Tribunal aufgrund prozeduraler Fehler aufgehoben.[15] In weiterer Folge führte die CMA ein neuerliches Verfahren durch, das seinerseits wiederum Meta den Verkauf von GIPHY auftrug.[16]
Am 30.6.2023 teilte die CMA mit, dass der Verkauf von GIPHY an Shutterstock Inc von der CMA genehmigt und daraufhin durchgeführt wurde, wodurch das Verfahren beendet wurde.[17]

Während Shutterstock Pressemeldungen zufolge 53 Mio US$ an Barmitteln zahlte[18], hatte Facebook die Übernahme von GIPHY um 400 Mio US$ angekündigt.[19]

Da GIPHY nun von einem Dritten gekauft wurde, ist die Genehmigung unter Auflagen hinfällig.

4. GELDBUSSENVERFAHREN

4.1 Überblick

Im Kalenderjahr 2022 hat die BWB insgesamt knapp 20 neue Geldbußenanträge beim KG eingebracht; Die Amtspartei BKAnw beteiligte sich bei all diesen Verfahren schon im Vorfeld in konstruktiver Weise und mit besonderem Augenmerk auf eine transparente und nachvollziehbare Bemessung der Geldbußen.

[14] https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61a64a618fa8f5037d67b7b5/Facebook__Meta__GIPHY_-_Final_Report_1221_.pdf

[15] https://www.catribunal.org.uk/judgments/142941221-meta-platforms-inc-v-competition-and-markets-authority-judgment-14-jun-2022 mit weiterführenden Links, abgefragt am 26.7.2023

[16] https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry

[17] https://assets.publishing.service.gov.uk/media/649d86f245b6a2000c3d458e/Meta-GIPHY_case_closure_summary.pdf

[18] https://www.prnewswire.com/news-releases/shutterstock-erwirbt-giphy-die-weltweit-groWte-gif-bibliothek-und-suchmaschine-301832252.html

[19] https://www.derstandard.at/story/2000131546531/facebook-muss-das-start-up-giphy-schon-wieder-verkaufen

4.1.1 Erster Geldbußenantrag der Bundeswettbewerbsbehörde – Settlement – HABAU

Im Verfahren über den ersten Geldbußenantrag der BWB (s. Pkt. 3.2.1 Tätigkeitsbericht 2021) wurden die im Jahr 2021 begonnenen Settlement-Gespräche der Amtparteien erfolgreich abgeschlossen. Die HABAU Hoch- und Tiefbaugesellschaft m.b.H., die Held & Francke Baugesellschaft m.b.H., die ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH sowie die STRAKA Bau GmbH verpflichteten sich, eine Geldbuße von € 26,33 Mio. für ihre Teilnahme an einheitlichen und fortgesetzten kartellrechtswidrigen Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum von Juli 2002 bis Oktober 2017 zu bezahlen.

Bei der Bemessung der Geldbuße wurde mildernd in Abschlag gebracht, dass das Unternehmen nach ursprünglicher Bestreitung bereit war, die vorliegenden Beweise anzuerkennen und ein langes und ressourcenintensives Gerichtsverfahren zu vermeiden. Das KG bestätigte das Anerkenntnis des Unternehmens und die Geldbuße. Die Entscheidung des KG ist rechtskräftig, jedoch noch nicht in der Ediktsdatei veröffentlicht (OLG Wien 23.11.2022, 28 Kt 6/20x).

4.1.2 Erstes Settlement – STRABAG – Wiederaufnahme

In diesem 2021 abgeschlossenen Verfahren (s. Pkt. 3.2.2 Tätigkeitsbericht 2021) stellte die BWB einen Abänderungsantrag, also das Pendant zur Wiederaufnahme des Verfahrens im Zivil- und Strafprozess. Inhaltlich lagen dem Antrag Ermittlungen der WKStA zugrunde. Es bestand der Verdacht, dass bei vom Baukartell betroffenen Bauvorhaben Zahlungen an den früheren Auftraggeber, also das „Opfer“, geleistet worden wären. Auf Nachfrage, wofür diese Zahlungen angeboten wurden, sei die wahre Natur der Schuld, nämlich die Herkunft aus der strafbaren Handlung der Absprache in Vergabeverfahren (§ 168b StGB), verschwiegen worden. Die Staatsanwaltschaft ermittelt wegen des Verdachts des schweren Betrugs (§§ 146ff StGB) und der Geldwäsche (§ 166 StGB). Aufgrund dieser neu hervor gekommenen Tatsachen bestand der Verdacht, dass die Verpflichtung zur umfassenden und vollständigen Kooperation im Kronzeugenverfahren bei der BWB (§ 11b Abs. 1 Z 2 WettbG) verletzt worden wäre und die Minderung der Geldbuße wegen erfolgreicher Teilnahme am Kronzeugenprogramm zu Unrecht erfolgt sei.

Im Verfahren vor dem KG unterstützte der BKAnw den Antrag der BWB in einem Schriftsatz. Das KG wies den Antrag der BWB aus formellen Gründen zurück. Das Gericht sprach aus, dass der BWB die Beschwer fehle, weil die Geldbuße dem Antrag entsprochen hätte. Auf vor dem Antrag liegende Umstände könne mangels gesetzlicher Grundlage keine Rücksicht genommen werden (OLG Wien 20.10.2022, 27 Kt 12/21v). Dagegen erhoben die Amtsparteien Rekurs. Den Rechtsmitteln des BKAnw und der BWB wurde mittlerweile Folge gegeben, die Entscheidung des KG aufgehoben und das Verfahren zur Durchführung des Beweisverfahrens zurückverwiesen (OGH 25.5.2023, 16 Ok 8/22w).

Aus dem Strafverfahren der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das OLG Wien ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gestellt hat. Nachdem die WKStA im Rahmen der Amtshilfe den Akt des KG beigeschafft hatte, erhob das Unternehmen mehrere Beschwerden an das OLG Wien. Das Gericht ersuchte den EuGH um Auslegung des (in Österreich in den §§ 37a ff KartG umgesetzten) Europarechts, ob sich der

Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausfertigungen auch auf das Strafverfahren erstreckt. Das Verfahren ist anhängig.[20]

4.1.3 Zweites Settlement – PORR – Entscheidung und Veröffentlichung

In diesem Verfahren, in dem 2021 ein Settlement zwischen den Amtsparteien einerseits und der PORR AG, der PORR Bau GmbH, der TEERAG-ASDAG GmbH, der TEERAG-ASDAG Hochbau Burgenland GmbH, TEERAG-ASDAG sowie der G. Hinteregger & Söhne Baugesellschaft m.b.H. andererseits erzielt worden war (s. Pkt. 3.2.3 Tätigkeitsbericht 2021), bestätigte das KG im Jahr 2022 das Anerkenntnis des Unternehmens und die Geldbuße (OLG Wien 17.2.2022, 26 Kt 5/21m, Geldbuße: € 62,35 Mio.). Die Entscheidung wurde zeitnah in der Ediktsdatei veröffentlicht.[21]

4.1.4 Drittes Settlement – Swietelsky – Entscheidung des KG

Im Juli 2022 wurden die Settlement-Gespräche der Amtparteien mit der Swietelsky AG, der C. Peters Baugesellschaft m.b.H. und der Kontinentale Baugesellschaft m.b.H. erfolgreich abgeschlossen. Die Gesellschaften verpflichteten sich, eine Geldbuße von € 27,15 Mio. für ihre Teilnahme an einheitlichen und fortgesetzten kartellrechtswidrigen Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum von Juli 2002 bis Oktober 2017 zu bezahlen.

Bei der Bemessung der Geldbuße wurde mildernd in Abschlag gebracht, dass das Unternehmen als zweites Unternehmen am Kronzeugenprogramm der BWB teilgenommen hatte und bereit war, die in den Ermittlungen hervorgekommenen Beweise sofort anzuerkennen und so ein ressourcenintensives Gerichtsverfahren zu vermeiden. Das KG bestätigte mittlerweile das Anerkenntnis des Unternehmens und die Geldbuße. Die Entscheidung des KG ist rechtskräftig, jedoch noch nicht in der Ediktsdatei veröffentlicht (OLG Wien 27.3.2022, 25 Kt 10/22s).

4.1.5 Tischlerei Kartell

Im Tischlerei Kartell stellte die BWB im Jahr 2022 einen Feststellungsantrag gegen ein Kronzeugenunternehmen, dem Erlass der Geldbuße gewährt wurde. Weiters wurden vier Anträge auf Verhängung einer Geldbuße gestellt, wobei drei der Unternehmen ihre Beteiligung im Rahmen eines Settlements gestanden. Eines dieser Unternehmen hatte darüber hinaus erfolgreich am Kronzeugenprogramm der BWB teilgenommen, wofür die Geldbuße in der Entscheidung des KG auf Antrag der BWB entsprechend gemindert wurde. Der BKAnw nahm an allen Verhandlungen teil und brachte sich insbesondere im Verfahren des seine Verantwortung bestreitenden Unternehmens aktiv in die Vernehmungen der Auskunftspersonen ein, um die leugnende Verantwortung des Unternehmens zu widerlegen. Das KG folgte insofern den Amtsparteien und verhängte im Jahr 2023 eine Geldbuße. Die schriftliche Beschlussausfertigung liegt noch nicht vor.

Gegen ein weiteres, am Kronzeugenprogramm beteiligtes Unternehmen stellte die BWB das Verfahren bereits vor Stellung eines Antrags an das KG mit „no action letter“ ein, weil ein Fall

[20] https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C%2CT%2CF&num=C-2/23&parties=&dates=error&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher (abgefragt: 10.7.2023)

[21] Bitte aus Ediktsdatei einfügen (abgefragt: 10.7.2023)

absolut untergeordneter Beteiligung vorlag. Nachdem aufgrund der Ermittlungen der BWB die WKStA auch strafrechtliche Ermittlungen gegen die Unternehmen und zahlreiche Einzelpersonen eingeleitet hatte, waren seitens des BKAnw Verständigungen zur Einstellung des Strafverfahrens gegen die Mitarbeiter der Kronzeugenunternehmen prüfen (§ 209b StPO, siehe unten). In den beiden Fällen der gerichtlich festgestellten erfolgreichen Teilnahme am Kronzeugenprogramm wurde die WKStA verständigt, die Strafverfahren gegen die Mitarbeiter einzustellen. Im Fall der Einstellung ohne Gerichtsentscheidung war diese Vorgangsweise nicht möglich, weil das Handbuch des Bundesministeriums zur Vorgangsweise im Kronzeugenprogramm eine derartige Vorgangsweise ausdrücklich ausschließt.[22]

5. KARTELLRECHTLICHE KRONZEUGENREGELUNG IM STRAFVERFAHREN (§ 209b STPO)

5.1 Überblick

Nachdem Unternehmen nur durch natürliche Personen handeln (können), muss die Teilnahme eines Unternehmens an einem Kartell immer durch menschliches Verhalten erfolgt sein. Die Handelnden sind daher auch am besten in der Lage, dem Unternehmen die für die Teilnahme im Rahmen des Kronzeugenprogramm bei Wettbewerbsbehörden notwendige Information zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig könnte eine derartige Kooperation dazu führen, dass sich diese Mitarbeiter:innen in Strafverfahren (z.B. wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Vergabeverfahren, § 168b StGB) selbst belasten. Ihnen soll ein Anreiz gegeben werden, durch Kooperation im Unternehmen strafrechtliche Sanktionen zu vermeiden.

Schon im Strafrechtlichen Kompetenzpaket 2010[23] hat der österreichische Gesetzgeber mit § 209b StPO eine Norm geschaffen, wonach die erfolgreiche Teilnahme des Unternehmens am Kronzeugenprogramm der BWB – unter Voraussetzung der nachfolgenden Kooperation der Mitarbeiter:innen auch bei der Staatsanwaltschaft – die Einstellung des Strafverfahrens bewirkt. Mittlerweile hat eine derartige Regelung auch Eingang in das EU-Recht gefunden.[24] Das österreichische System stellte insofern ein Vorbild dar. Im Einklang mit dem EU-Recht wurden mit der Strafprozessnovelle 2021[25] die Voraussetzungen insofern verschärft, als nur genau den Mitarbeitern:innen, die im Kronzeugenprogramm der BWB aktiv mitgearbeitet haben, die Rechtswohltat des § 209b StPO zugute kommt.[26]

In Verfahren nach § 209b StPO hat der BKAnw die Staatsanwaltschaft von einer Anwendung des Kronzeugenprogramms durch die BWB zu verständigen, wenn es im Hinblick auf das Gewicht des Beitrags des Unternehmens zur Aufklärung eines Kartells und die aktive Mitwirkung der einzelnen Mitarbeiter:innen daran unverhältnismäßig wäre, diese Mitarbeiter, die für das Unternehmen an einer solchen Zuwiderhandlung beteiligt waren, wegen einer dadurch begangenen Straftat zu verfolgen. Der BKAnw nimmt somit eine vermittelnde Stellung zwischen dem Anspruch der Staatsanwaltschaft auf Verfolgung der Mitarbeiter:innen und dem Interesse der BWB am Schutz des Kronzeugenunternehmens ein.

[22] BMJ, Handbuch zur Kronzeugenregelung, §§ 209a, 209b StPO in der Fassung des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016, S. 26

[23] BGBl. I Nr. 108/2010

[24] ECN+ RL, Art. 23

[25] BGBl. I Nr. 243/2021

[26] ErlRV 1175 dB XXVII. GP, S. 3

5.2 Tätigkeit 2022

Die praktische Tätigkeit des BKAnw beginnt nach der Einbringung eines Antrags auf Feststellung eines Kartells ohne Geldbuße oder auf Verhängung einer geminderten Geldbuße durch die BWB.[27] Eine Vorgangsweise nach der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung im Strafverfahren ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der Kooperation des Unternehmens bei der BWB bereits einen verdichteten Verdacht auf die durch das Kartell begangenen Straftaten hatte.[28] Dementsprechend hat der BKAnw bei der Prüfung nach § 209b StPO in die (üblicher Weise umfangreichen) Akten der BWB und der WKStA Einsicht zu nehmen und den Stand des Strafverfahrens im Zeitpunkt der Kooperation des Unternehmens bei der BWB zu prüfen.

Diese Prüfung wurde im Jahr 2022 bei einem Unternehmen, das als Kronzeuge an der Aufklärungs des Baukartells mitgewirkt hatte, und bei zwei Unternehmen, die als Kronzeugen bei der Aufdeckung des Tischlereikartells mitgewirkt hatten, vorgenommen. In allen drei Fällen konnten Verständigungen, das Strafverfahren gegen die (namentlich genannten) aktiv mitwirkenden Unternehmensmitarbeiter:innen, einzustellen, erlassen werden.

6. STELLUNG DES BKANW ALS AMTSPARTEI IN VERFAHREN DRITTER

6.1 Stellungnahmen

Der BKAnw begleitete neben den von ihm selbst initiierten Verfahren auch solche, die von Unternehmen (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG) eingeleitet wurden und äußerte sich in solchen Verfahren mehrfach als Vertreter des öffentlichen Interesses mittels entsprechender Stellungnahmen.

7. VERBRAUCHERBEHÖRDEN-KOOPERATION

Der BKAnw erhielt ein Durchsetzungsersuchen betreffend ein österreichisches Unternehmen, das offensichtlich Produkte chinesischer Hersteller durch „Drop Shipping“ vermarktete und gegen verschiedene Bestimmungen des europäischen Verbraucherrechts verstieß. Die Verstöße wurden nach Tätigwerden des BKAnw beendet.

Infolge eines im Jahr 2016 gestellten Durchsetzungsersuchens wurde Mag. Stifter als Zeuge vor einem Strafgericht geladen.

Der BKAnw beteiligte sich gemeinsam mit dem ebenfalls als Verbraucherbehörde tätigen Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen („BEV“) an der Durchführung einer europaweiten systematischen Überprüfung von Webseiten („Sweeps“) nach „Dark Patterns“ wie falschen Contdown-Timern „nur mehr 3 Stück verfügbar“, versteckten Informationen, die beispielsweise in der Farbe des Hintergrundes dargestellt waren und bewusste Hervorhebung einer vom Websitebetreiber gewünschten Wahlmöglichkeit.[29]

[27] Voraussetzung für ein Vorgehen nach § 209b StPO ist nämlich der Erlass der Geldbuße (§ 11b Abs. 1 WettbG) oder die Beantragung einer geminderten Geldbuße (§ 11b Abs. 2 WettbG) durch die BWB, die erst im Antrag der BWB (endgültig) erkennbar werden.

[28] Bericht des Justizausschusses, JAB 1009 d.B. XXIV. GP, S. 3; Handbuch Kronzeugenregelung, BMJ, S. 28

[29] Vgl. https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/sweeps_de#ref-2022--sweep-on-dark-patterns, abgefragt am 30.7.2023.

Ende des Jahres wurde ein Durchsetzungsersuchen nach Art. 12 der CPC-VO an die deutschen Behörden gestellt. Der Sachverhalt gründet auf zahlreichen Verbraucher:innen-Beschwerden, die vor allem beim EVZ/VKI und der Internet-Ombudsstelle eingegangen sind. Dieses richtet sich gegen eine Verkaufsplattform, auf der die Verbraucher:innen insb. durch sogenannte „Abofallen“ geschädigt werden, d.h. die Verbraucher:innen vermeinen, eine einmalige Bestellung zu einem geringfügigen Betrag vorzunehmen, tatsächlich kommt es aber zu höheren wiederkehrenden Abbuchungen. Die Plattform, die selbst Vertragspartner der Konsument:innen wird, verstößt dabei u.a. gegen Art. 6 der Verbraucherechte-RL (§ 4 FAGG).

Die durch die CPC-VO neu geschaffenen „koordinierten Aktionen“ wurden von den Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission intensiv genutzt. Der BKAnw beteiligte sich im Rahmen seiner Möglichkeiten daran.