



Tätigkeitsbericht 2017

Alfred Mair / Gustav Stifter / Heinz Ludwig Majer

1. ÜBERBLICK

Beim Bundeskartellanwalt (BKANw) sind im Jahr 2017 580 Akten (2016: 569 Akten) neu angefallen.

Wie auch schon in den Vorjahren lag der quantitative Schwerpunkt in der Fusionskontrolle: Bei 436 (2016: 420) Zusammenschlussanmeldungen wurde vom BKANw in zwei (2016: vier) Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) beantragt, in einem Fall wurde in langen „Vorankündigungsgesprächen“ bereits in der ersten Phase eine Auflage ausverhandelt. In 23 Fällen (2016: 30) wurde auf die Stellung eines Prüfungsantrages vor Fristablauf verzichtet.

Durch seine Antragstellung im österreichischen Ausgangsverfahren ermöglichte der BKANw ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Klärung einer wesentlichen Frage der europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO).

Darüber hinaus wurden in 9 Verfahren (2016:13) begründete Stellungnahmen erstattet und die überwiegende Zahl der kartellgerichtlichen Verfahren begleitet.

Im Jahr 2016 wurden an den BKANw 42 Anfragen und Beschwerden (2015: 29) gerichtet, die entsprechend behandelt wurden.

In zwei Fällen wurde eine Mitteilung nach § 209b StPO an die zuständige Staatsanwaltschaft übermittelt.

In den folgenden Abschnitten werden einige wichtige, vom BKANw initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt.

2. ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

2.1 **Wiener Hafen und Lager Ausbau- und Vermögensverwaltungs, GmbH & Co KG; ÖBB-Infrastruktur AG; WienCont Containerterminal GmbH¹**

Bereits im Tätigkeitsbericht 2016 wurde über dieses Zusammenschlussvorhaben berichtet. Die von der *Wien Holding AG* beherrschte Betreiberin des Containerterminals im *Hafen Wien Freudenu*, die *WienCont Containerterminal GmbH*, und die *ÖBB-Infrastruktur AG*, die das *Containerterminal Wien Inzersdorf* neu errichtet hatte, wollten die beiden Terminals in ein Gemeinschaftsunternehmen einbringen, das von beiden Muttergesellschaften gemeinsam kontrolliert werden sollte.

¹ BWB/Z-3304/2; 27 Kt 17/16a, 27 Kt 18/16y

Das Zusammenschlussvorhaben betraf Umschlagsdienstleistungen für „Intermodale Transporteinheiten“ („ITE“), also Container, Sattelaufleger und Wechselaufbauten, die von einem Waggon, Schiff oder LKW auf ein anderes Transportmittel umgeladen werden können.

Strittig war der räumlich relevante Markt, den die Anmelder mit einem Radius von 250 km (also bis z.B. Budapest) angaben. Bei einer derartigen räumlichen Marktabgrenzung wären die kumulierten Marktanteile deutlich unter der gesetzlichen Vermutungsschwelle von 30 % gelegen. Der BKANw hingegen vertrat – gestützt auf ähnlich gelagerte Fälle aus Deutschland – die Ansicht, dass der räumliche Markt mit einem Radius von max. 150 km abzugrenzen sei, wodurch sich kumulierte Marktanteile von deutlich über 30 % errechneten. Weiters wies der BKANw auf vertikale Effekte hin, weil der nachgelagerte Markt des Güterverkehrs auf der Schiene von der mit der *ÖBB-Infrastruktur AG* verbundenen *ÖBB Railcargo* beherrscht wurde.

Eine übereinstimmende Marktabgrenzung konnte mit den Anmeldern nicht gefunden werden. Der BKANw stellte daher am 23.12.2016 einen Prüfungsantrag. Auch die BWB brachte sodann am 27.12.2016 einen Prüfungsantrag ein.

Das KG bestellte einen Gutachter, der in einem umfangreichen Gutachten die Ansicht des BKANw, dass es sich um ein wettbewerblich bedenkliches Zusammenschlussvorhaben handle, bestätigte. Er gelangte zu dem Ergebnis, dass der räumlich relevante Markt mit einem Radius von max. 100 km abzugrenzen sei. Dadurch errechneten sich kumulierte Marktanteile von über 60 %. Auch die Gefahr der vom BKANw relevierten vertikalen Effekte bestätigte der Gutachter.

Die Anmelder beantragten noch die Ergänzung des Gutachtens, konnten jedoch keine Zweifel an den Ergebnissen aufzeigen. Am 18.5.2017 zogen sie daher die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens zurück.

2.2 Pro7 Sat1 Puls 4/ATV²

Am 9.2.2017 wurde der Erwerb sämtlicher Anteile an der *ATV Privat TV GmbH* durch die *ProSiebenSat.1Puls 4 GmbH*, eine Konzerngesellschaft der *ProSiebenSat.1 Media SE* mit einem weltweiten Konzernumsatz 2016 von € 3.799 Mio und einem EBITDA (2016) von € 1.018 Mio³ als Zusammenschluss angemeldet. *ProSiebenSat.1 Media SE* ist ein in Deutschland börsennotiertes, europaweit tätiges Medienunternehmen, das unter anderen die TV-Sender *ProSieben*, *SAT.1*, *Kabel eins*, *Sat.1 Gold*, *ProSieben Maxx*, *Sixx* und *Kabel eins Doku* vereint.

Der Zusammenschluss bedeutete die Zusammenführung des größten österreichischen Privat-Free-TV-Senders mit der Nr. 2 und Nr 4 (*ATV II*) auf diesem Markt, wobei auch die „Österreichfenster“ der *ProSiebenSat.1Puls4*-Sender ebenso wie die in Österreich empfangbaren Sender beispielsweise der *RTL*-Gruppe zu berücksichtigen waren. Jedenfalls nach „Bruttowerbeeinahmen“ als auch nach „Nettowerbeeinahmen“ hat der Zusammenschluss die Vermutungsschwelle von 30% Marktanteil überschritten.

Da aus Sicht der Zusammenschlusswerber ohne diesen Zusammenschluss *ATV* (einschließlich *ATV II*) aus dem Markt ausscheiden würde, versuchten sie sich auf das Vorliegen einer sogenannten „Sanierungsfusion“ zu berufen. Tatsächlich konnte kein anderer Käufer glaubhaft machen, mit Entscheidungen binnen kurzer Zeit und mit entsprechender Kapitalausstattung das Unternehmen sanieren zu können. Der BKANw widmete sich daher – mit sehr wichtiger Unterstützung durch die Expertise der Medienregulierungsbehörde

² BWB/Z-3373

³ Siehe Pro7Sat1Media SE Geschäftsbericht 2016, S. 2

KommAustria, (die einzelne Aspekte dieses Zusammenschlusses mit einem eigenen Bescheid abdecken musste⁴) – der Erhaltung der Medienvielfalt durch Auflagen hinsichtlich der Erhaltung einer unabhängigen ATV-Redaktion und unabhängiger Nachrichtensendungen.

Der Zusammenschluss wurde letztendlich in der ersten Phase unter umfassenden Verhaltensaufgaben genehmigt. Zur Überprüfung der Einhaltung der Auflagen wurde ein Treuhänder eingesetzt.

Nach dem Zusammenschluss konnten sowohl *ATV* als auch *Puls4* durchaus spürbare Marktanteils Gewinne erzielen, wobei jedenfalls die Nachrichtenberichterstattung – jeweils im Sinne der Auflage – unterschiedliche Themen beleuchtet.

2.3 *Fressnapf Handels GmbH; Tomy's Zoo GmbH*

In diesem Zusammenschlussvorhaben beabsichtigte die *Fressnapf Handels GmbH*, die ein Teil der deutschen *Fressnapf-Gruppe* ist, die Übernahme der im Eigentum zweier Privater stehenden *Tomy's Zoo GmbH*. Letztere ist ein Franchise-Nehmer der *Sagaflor AG*, Kassel, für die *Marke Zoo & Co*. Beide handeln mit Tiernahrung, Tierzubehör und Lebendtieren.

Die Anmelderin vertrat die Ansicht, dass die relevanten Märkte Tiernahrung und Tierzubehör einerseits sowie der Handel mit Lebendtieren andererseits seien. Zum Markt Tiernahrung und Tierzubehör zählte die Anmelderin auch die Handelsketten des Lebensmitteleinzelhandels. Zum Markt des Handels mit Lebendtieren zählte die Anmelderin auch landwirtschaftliche Nutztiere.

Diese – nicht auf einschlägigem Fallrecht basierende – sehr weite Marktabgrenzung wurde von den Amtsparteien bezweifelt. Betrachtete man nämlich Tiernahrung und Tierzubehör als getrennte Märkte, so musste der Lebensmitteleinzelhandel, der kaum Tierzubehör führt, in diesem Bereich außer Betracht bleiben. So ergaben sich deutlich über der gesetzlichen Vermutung von 30 % liegende Marktanteile in mehreren regionalen Märkten. Auch war nicht nachvollziehbar, warum Haustiere demselben Markt wie Nutztiere angehören sollten. Hinzu kam, dass nach Veröffentlichung des Vorhabens spontan und ohne Marktbefragung Stellungnahmen von Wettbewerbern vor einer entstehenden Marktbeherrschung durch die Zusammenschlussparteien warnten.

Nachdem in Verhandlungen zwischen den Amtsparteien und den Zusammenschlussparteien in Phase I (nach der Einbringung des Antrags, noch vor dem Gerichtsverfahren)⁶ keine Einigkeit über die Marktabgrenzung gefunden wurde, erachteten beide Amtsparteien eine Befassung eines gerichtlichen Sachverständigen für unumgänglich.

Ende August 2017 brachten daher beide Amtsparteien einen Prüfungsantrag beim KG ein. Nachdem das Gericht einen Sachverständigen bestellt hatte, zog die Anmelderin am 27.9.2017 ihre Anmeldung zurück, ohne die Ergebnisse des Gutachtens abzuwarten.

⁴ <https://www.rtr.at/de/m/KOA214017011>

⁵ BWB/Z-3560; 128 Kt 6/17b

⁶ § 11 Abs. 1 und 1a KartG

2.4 VTG Rail Assets GmbH; CIT Rail Holdings (Europe) S.A.S.; Nacco-Gruppe⁷

Am 4.9.2017 wurde der beabsichtigte Erwerb von 100% der Anteile an *CIT Rail Holdings (Europe) S.A.S. (CIT RH)* sowie deren 100%ige Tochter- und Enkelgesellschaften der *Nacco-Gruppe (Nacco)* durch *VTG Rail Assets GmbH (VTG)* als Zusammenschluss angemeldet.

Die Unternehmen sind in der Vermietung von Schienengüterwaggons tätig, einem Bereich, der – ebenso wie der Schienengüterverkehr selbst - vor wenigen Jahren noch weitgehend staatlichen Bahnen vorbehalten war, jedoch nun durch jährlich steigende Marktanteilen privater Anbieter gekennzeichnet ist.⁸

Die börsennotierte *VTG-Gruppe* erzielt einen weltweiten Gesamtumsatz von laut Jahresbericht 1.014,4 Mio Euro⁹ in den Bereichen Waggonvermietung, Schienenlogistik und Tankcontainerlogistik und gilt als europäischer Marktführer in der Vermietung von Güterwaggons. *VTG* stellt durch das Tochterunternehmen *Waggonbau Graaff* verschiedene Wagen für den Schienengüterverkehr her. Ebenso führt *VTG* die Instandhaltung seiner Waggons in eigenen Werken in Deutschland und Frankreich durch.

CIT RH ist eine Holdinggesellschaft, die ausschließlich als alleinige Gesellschafterin von *Nacco* tätig ist. *CIT RH* wurde vor dem Zusammenschluss von *CIT*, einem US-amerikanischen Finanzinvestor, mit mehr als 50 Mrd US\$ Finanzierungsvolumen, der unter anderem unter *CIT-Rail* weltweit 120.000 Waggons und 400 Lokomotiven besitzt und finanziert, gehalten.

Nacco stieg 1972 als Tochter des größten Triebwagen-Leasinggebers in Nordamerika in den europäischen Markt als „Full-Service-Leasinggesellschaft“ für Bahnwaggons ein und wurde 2014 von *CIT RH*, übernommen. *Nacco* hat seinen Hauptsitz in Paris, jedoch zusätzliche Vertriebsstandorte in Linz, Prag, Hamburg, Warschau und Cheshire (UK) sowie Technikstandorte in Ceska Mamenice (CZ), Leipzig und Trnava (SK).

Die Prüfung des Zusammenschlusses wurde – nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der Vermietung von Schienengüterwaggons um EWR-weite Märkte mit Ausnahme einiger Länder handelt – in sehr enger Abstimmung mit dem Bundeskartellamt durchgeführt. Das KG bestellte einen wettbewerbsökonomischen Sachverständigen.

Ein strittiger Punkt in dem Zusammenschlussverfahren war die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Während die Zusammenschlusswerber von einem verkehrsträgerübergreifenden Markt der „Zurverfügungstellung von Transportraum“ ausgingen, der auch LKWs und Schiffe umfasse, wurde aufgrund umfangreicher Marktbefragungen vom Bundeskartellamt sowie vom gerichtlichen Sachverständigen festgestellt, dass die relevanten Märkte jene der „Vermietung von Trockengüterwaggons“ sowie „Vermietung von Kesselgüterwagen“ seien. Der räumlich relevante Markt umfasste den EWR ohne Schweiz, das Vereinigte Königreich und die osteuropäischen Staaten ohne ehemalige Sowjetunion.

Auf diesen Märkten lag der gemeinsame Marktanteil über der Vermutungsschwelle einer marktbeherrschenden Stellung, befürchtet wurden unilaterale Effekte wie Gefahr von Preiserhöhungen oder Verringerung der Qualität.

Die Zusammenschlusswerber boten daraufhin Auflagen an.

⁷ BWB/Z-3633; 24 Kt 8/17g (zum Zeitpunkt der Berichtslegung noch anhängig)

⁸ Schienencontrol, 2016; Jahresbericht S. 37, 51 (<http://www.schienencontrol.gv.at/files/1-Homepage-Schienen-Control/1f-Publikationen/Jahresbericht-der-Schienen-Control-2016.pdf> abgefragt am 12.3.2018)

⁹ <https://www.vtg.de/presse-events/pressemitteilungen/detail/news/229-vtg-steigert-umsatz-in-2017-dividende-soll-um-20-erhoeht-werden/>

Das Verfahren ist zum Zeitpunkt der Berichtslegung weiterhin anhängig, ein gerichtlich bestellter Sachverständiger analysiert auf Basis von ökonomischen Analysen die Märkte und führte einen „Market Test“ über angebotene Auflagen durch.

3. STELLUNG DES BKANW ALS AMTSPARTEI IN GELDBUSSENVERFAHREN

Im Kalenderjahr 2017 hat die BWB insgesamt 11 neue Geldbußenanträge beim KG eingebracht; viele dieser Verfahren wurden im Wege einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlement“) erledigt. Die Amtspartei BKANw beteiligte sich bei all diesen Verfahren schon im Vorfeld in konstruktiver Weise mit besonderem Augenmerk auf eine transparente und nachvollziehbare Bemessung der Geldbußen.

4. § 209B STPO

4.1 Hintergrund

Im Jahr 2010 wurde mit dem sogenannten „Strafrechtlichen Kompetenzpaket“ neben der allgemeinen, „großen“ strafrechtlichen Kronzeugenregelung des § 209a StPO auch § 209b StPO¹⁰ eingeführt. Er normiert, dass der BKANw abzuwägen hat, ob es im Hinblick auf die Mitwirkung eines Unternehmens als Kronzeuge bei der BWB unverhältnismäßig wäre, die Mitarbeiter des Unternehmens wegen der durch die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung verwirklichten Straftaten zu verfolgen. Die Norm hat damit Fälle zum Inhalt, in denen ein Unternehmen an der Aufklärung einer Zuwiderhandlung mitwirkt, dabei aber im Rahmen seiner Mitwirkung offenlegen muss, dass seine Mitarbeiter Straftaten begangen haben. Zu denken ist hier u.a. an § 168b StGB (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) oder (Submissions-) Betrug. Die Norm schafft somit die Möglichkeit „strafrechtlicher Immunität“ für die Mitarbeiter der Unternehmen, die mit der BWB kooperieren.¹¹

Der Norm kommt insofern hohe Bedeutung zu, als anerkannt ist, dass der Erfolg einer kartellrechtlichen Kronzeugenregelung unter anderem davon abhängt, ob die Information des Unternehmens gegen seine eigenen Mitarbeiter als belastendes Beweismaterial verwendet werden kann.¹² Statistiken des US-Department of Justice zeigen, dass der Schutz der Mitarbeiter der kooperierenden Unternehmen vor strafrechtlicher Verfolgung ein bedeutender Faktor war, der zur Erhöhung der aufgedeckten Kartelle, der hereingebrachten Geldbußen und der strafrechtlichen Verurteilungen nicht kooperierender natürlicher Personen geführt

¹⁰ Eingeführt mit BGBl. I Nr. 108/2010 bis 31.12.2016, mit BGBl. I Nr. 121/2016 novelliert und bis 31.12.2021 verlängert

¹¹ *Reidlinger*, Die Kronzeugenregelung im Kartellstrafrecht (209b StPO), Eine Zwischenbilanz anlässlich der Verlängerung, ZWF 1/2017, 1 [3]

¹² Regierungsvorlage 918 der Beilagen XXIV. GP, S. 14

hat.¹³ In der Europäischen Union nimmt Österreich durch die Einführung des § 209b StPO eine Vorreiterrolle ein, die in der Praxis willkommen geheißen wird.¹⁴

4.2 Rechtslage

Bei der Anwendung der Norm ist nach den insofern eindeutigen Gesetzesmaterialien von einem Justizorgan eine dem strafrechtlichen Bereich zuzurechnende Beurteilung vorzunehmen, ob die Aufdeckung der wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung so schwer wiegt, dass das Interesse an der strafrechtlichen Ahndung zurücktritt. Als zentrale mit kartellrechtlicher und zugleich justizieller Kenntnis ausgestattete Stelle wurde insofern der BKAAnw identifiziert.¹⁵ Er stellt somit das Bindeglied zwischen den strafrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Ermittlungen dar.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass nach § 209b StPO nur die Straftaten privilegiert werden, die *durch* die kartellrechtliche Zuwiderhandlung begangen werden. Verfahren über *anlässlich* der Zuwiderhandlung begangene mit ihr im Zusammenhang stehende Straftaten (zB Nötigung, Bestechung, etc.) können nach § 209b StPO nicht eingestellt werden.¹⁶

Nähere Richtlinien, wann in den von § 209b StPO erfassten Fällen die Verfolgung der Mitarbeiter unverhältnismäßig wäre, wurden durch das Handbuch zur Kronzeugenregelung („Handbuch“)¹⁷ vom 1.1.2017 geschaffen.

4.3 Anwendungsfälle 2017

In nahem zeitlichen Zusammenhang mit der Veröffentlichung des Handbuchs regten 2017 erstmals zwei Unternehmen die Anwendung des § 209b StPO zugunsten ihrer Mitarbeiter an.

Beide Unternehmen hatten der BWB gegenüber anerkannt, an einer einheitlichen, komplexen und fortgesetzten Zuwiderhandlung in Form von Preisabsprachen und Kundenaufteilungen bei Vergabeverfahren im Zeitraum von Februar bzw. April 2011 bis August 2015 bzw. März 2016 teilgenommen zu haben. Die Besonderheit des Falles lag jedoch darin, dass vor den Ermittlungen der BWB eine anonyme Anzeige an die Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) bereits zu strafrechtlichen Ermittlungen geführt hatte.

Für derartige Fälle sieht das Handbuch vor, dass die Anwendung von § 209b StPO ausscheidet, wenn die WKStA bereits einen verdichteten Verdacht über die durch die Zuwiderhandlung begangenen Straftaten hatte.¹⁸ Daher war bei der Beurteilung der beiden

¹³ Niall E. Lynch, Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective (2011), S. 3f, <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective> (abgefragt: 10.1.2018); US Department of Justice: Scott D. Hammond, The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades, Address, Before 24th Annual National Institute on White Collar Crime (Feb. 25, 2010), S. 4f, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm> (abgefragt: 10.1.2018)

¹⁴ Reidlinger, aaO

¹⁵ Regierungsvorlage 918 der Beilagen XXIV. GP, S. 15

¹⁶ Für derartige Straftaten käme bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen allenfalls eine Einstellung nach § 209a StPO in Betracht; so schon zu § 209b StPO idF BGBl. I Nr. 108/2010 : Schroll in Fuchs/Ratz, WK StPO § 209b Rz 6f (Stand 1.6.2016, rdb.at); weiters Handbuch, S. 24

¹⁷ abrufbar unter:

https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/aktuelles/2017/handbuch_zur_kronzeugenregelung~2c94848a580590360159b1ae791f03c9.de.html?highlight=true (abgefragt 8.1.2018)

¹⁸ Handbuch, S. 27, mit Verweis auf den Ausschussbericht NR (JAB 1009, der Beilagen XXIV. GP)

Fälle nicht nur das Gewicht der Mitwirkung im Verfahren vor der BWB zu beurteilen, sondern auch eine Analyse des umfangreichen Strafakts vorzunehmen, um den Stand der Ermittlungen der WKStA zum Zeitpunkt der Kooperation der Unternehmen bei der BWB zu ermitteln.

Die aufwendige Analyse ergab, dass in beiden Fällen die WKStA im Zeitpunkt der Mitwirkung der Unternehmen bei der BWB zu weniger als 10 Vergabeverfahren aus dem Zeitraum der Zuwiderhandlung konkrete Hinweise hatte. Hingegen stellte eines der beiden Unternehmen im Rahmen seiner Mitwirkung der BWB Angaben zu über 50 von der Zuwiderhandlung betroffenen Vergabeverfahren zur Verfügung, das andere gar zu deutlich über 100.

Es zeigte sich somit, dass die WKStA im Zeitpunkt der Kooperation der Unternehmen bei der BWB noch keinen verdichteten Verdacht über die durch die Zuwiderhandlung begangenen Straftaten hatte. Hingegen war das Gewicht der Mitwirkung der Unternehmen an der Aufklärung der Zuwiderhandlung als so bedeutend zu qualifizieren, dass es unverhältnismäßig erschienen wäre, die an der Zuwiderhandlung beteiligten Mitarbeiter der beiden Unternehmen wegen der dadurch begangenen Straftaten zu verfolgen. Der BKAAnw gab daher 2017 erstmals zwei Erklärungen nach § 209b StPO an die WKStA ab.

5. RECHTSMITTELVERFAHREN DES BKAAnw

5.1 *Austria Asphalt GmbH & Co OG; TEERAG-ASDAG AG; Asphaltmischanlage Mürzzuschlag*¹⁹

Wie bereits im Tätigkeitsbericht 2015 und 2016 dargestellt, wurde im August 2015 der Erwerb einer 50%-Beteiligung an der (bestehenden) *Asphaltmischanlage Mürzzuschlag* durch *Austria Asphalt GmbH & Co OG*, einer Tochter der *STRABAG SE-Gruppe* von der derzeitigen Alleineigentümerin *TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft*, einer Tochter des *PORR-Konzerns*, als Zusammenschluss angemeldet. Das Zielunternehmen selbst produziert Asphaltmischgut vorwiegend für seine Muttergesellschaft (in den letzten Jahren auch für die Erwerberin), ist folgedessen kein „Vollfunktionsunternehmen“. Dessen Umsatz liegt mit rund 3,2 Mio. Euro deutlich unter der Anmeldeschwelle für Zusammenschlüsse, die Anmeldepflicht ergibt sich jedoch aus der Zurechnung der Umsätze der Muttergesellschaften.

Der BKAAnw beantragte die Prüfung des Zusammenschlusses. Unter anderem ausschlaggebend dafür war, dass zur selben Zeit das deutsche Bundeskartellamt – aufgrund von im Rahmen einer Sektoruntersuchung des Bereiches Walzasphalt²⁰ festgestellten

¹⁹ BWB/Z-2754; KG 6.10.2015, 29 Kt 48/15

²⁰ *Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Walzasphalt (2012)* (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile) (abgefragt am 10.8.2016)

Wettbewerbsverzerrungen²¹ – den dort größten vier Eigentümern deutscher Asphaltmischwerke die Entflechtung²² der Werke aufgetragen hatte .

Das KG wies die Zusammenschlussanmeldung mit dem Argument zurück, dass aufgrund der Umsätze der Muttergesellschaften der Zusammenschluss ausschließlich bei der Europäischen Kommission anmeldepflichtig wäre. Gegen diesen Beschluss legte Austria Asphalt Rekurs ein. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (KOG) legte mit Beschluss vom 31.3.2016²³ dem EuGH die Frage der Anmeldepflicht zur Vorabentscheidung (C-248/16, *Austria Asphalt*) vor.

In seinen mündlichen Ausführungen vor dem EuGH am 22.3.2017 wies der BKANw darauf hin, dass das wettbewerbliche Problem derartiger - sehr zahlreicher - Gemeinschaftsunternehmen nicht deren Auftreten auf dem eigenen Markt selbst sei, sondern vielmehr eine mögliche Koordinierung der Muttergesellschaften. Aber gerade diese wäre durch eine Freigabe in einem Zusammenschlussverfahren einer späteren Kartell-Kontrolle nach Art 101 AEUV entzogen, eine spätere Entflechtung – wie beispielsweise durch das Bundeskartellamt im Asphaltmarkt durchgeführt - nicht mehr möglich.

Der EuGH griff den Gedanken des BKANw in RN 33 auf, in dem es heißt:

33 Die [VO 1/2003] bleibt jedoch auf Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die zwar keinen Zusammenschluss im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 darstellen, aber gleichwohl zu einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Koordinierung zwischen ihnen führen können und aus diesem Grund der Kontrolle durch die Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden unterliegen.

Der EuGH folgte in C-248/16²⁴ letztendlich den Darstellungen der Zusammenschlusswerberin und des BKANw, nicht aber jener der Europäischen Kommission und erkannte für Recht:

Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) ist dahin auszulegen, dass infolge einer Änderung der Art der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn das daraus hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

Mit Beschluss vom 19.10.2017²⁵, gab daher das KOG dem Rekurs der Zusammenschlusswerberin Folge, hob den angefochtenen Beschluss auf und trug dem KG

²¹ Das Bundeskartellamt untersuchte bei der Sektoruntersuchung Walzasphalt Unternehmensverflechtungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen insbesondere der „Großen Vier“ („G4“) des deutschen Asphaltmarktes, die insgesamt an 405 von 541 Asphaltmischwerken beteiligt waren, was einem Anteil von 75% mit weitgehend entsprechenden Anteilen am Umsatz und Absatz entsprach. Auch hielten diese G4 über Beteiligungen mit Dritten weitere 16,6% der deutschen Asphaltmischwerke. Während der durchschnittliche Preis für Walzasphalt in Deutschland bei 39,96 Euro pro Tonne lag, waren die Verkaufspreise von Unternehmen mit G4-Beteiligung über dem Durchschnittspreis: Werke im Alleineigentum von G4-Unternehmen durchschnittlich um 8% über dem Durchschnittspreis, und je mehr G4-Unternehmen eine Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen halten, desto höher war der Preis. Gemeinschaftswerke ohne G4-Beteiligung sind hingegen 7% günstiger als der Durchschnittspreis. Werke im Alleineigentum von Dritten lagen durchschnittlich um 12,6% unter dem Durchschnittspreis.

²² Siehe *Bundeskartellamt*, Bericht Entflechtungen (2015) (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Walzasphalt_Bericht_Entflechtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgefragt am 10.8.2016)

²³ KOG 31.3.2016, 16 Ok 1/16g

²⁴ EuGH 7.9.2017, C-248/16 *Austria Asphalt/Bundeskartellanwalt*

²⁵ KOG 19.10.2017, 16 Ok 3/17b *Asphaltmischanlage Mürrzuslag*

die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund auf.

In weiterer Folge zogen die Zusammenschlusswerber die Zusammenschlussanmeldung zurück.

5.2 Stellungnahmen

Der BKANw begleitete neben den von ihm selbst initiierten Verfahren auch solche, die von der BWB oder dritter Seite (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG) eingeleitet wurden und äußerte sich in solchen Verfahren mehrfach als Vertreter des öffentlichen Interesses mittels entsprechenden Stellungnahmen.

6. VERBRAUCHERBEHÖRDEN-KOOPERATION

Ein weiterer wesentlicher Teil der Tätigkeit des BKANw bestand auch im Jahr 2017 in der Vollziehung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes²⁶.

Das Schwergewicht der an den BKANw im Rahmen seiner Aufgaben herangetragenen Verfahren im Bereich der Behördenkooperation lag in der Durchsetzung von Fällen aufgrund der Verbraucherrechte-Richtlinie²⁷. Der BKANw stellte im Berichtszeitraum drei Durchsetzungsersuchen, ein weiteres Ersuchen konnte von ihm im direkten Wege gelöst werden.

Ebenso wurde in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission und der Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ein „Sweep“, d.h. eine europaweite systematische Überprüfung von Webseiten einer bestimmten Kategorie auf Verstöße gegen europäisches Verbraucherrecht²⁸, durchgeführt. Dabei war es ein wesentliches Anliegen, die Auswahl der überprüften Webseiten von deren wirtschaftlicher Relevanz und der Anzahl der bekannten Beschwerden abhängig zu machen.

Der BKANw erhielt im Jahr 2017 18 sogenannte „Warnmeldungen“ aus Deutschland, Italien, Belgien und Spanien, deren Bedeutung für österreichische Konsumenten jeweils geprüft wurde.

²⁶ Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG) BGBl I 2006/148 idgF

²⁷ Richtlinie (EU) 2011/83 (ABl 2011 L 304/64)

²⁸ Für weitere Informationen siehe http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweeps/index_en.htm (abgefragt am 23.8.2016)