



## Tätigkeitsbericht 2020

Heinz Ludwig Majer / Gustav Stifter

### 1. ÜBERBLICK

Beim Bundeskartellanwalt (BKAnw) sind im Jahr 2020 507 Akten (2019: 640 Akten) neu angefallen.

Wie auch schon in den Vorjahren lag der quantitative Schwerpunkt in der Fusionskontrolle: Bei 425 (2019: 495) Zusammenschlussanmeldungen wurde vom BKAnw in drei Fällen (2019: ein Fall) die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht beantragt.

Darüber hinaus wurden in acht Verfahren (2019: 14) begründete Stellungnahmen erstattet und sämtliche kartellgerichtliche Verfahren (einschließlich jener der Direktanträge von Unternehmen) begleitet.

Schließlich wurden elf Anfragen und Beschwerden im Jahr 2020 (2019: 14) an den BKAnw gerichtet, die entsprechend behandelt wurden.

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

### 2. ERNENNUNG HEINZ LUDWIG MAJER ZUM BUNDESKARTELLANWALT

Nach dem tragischen Ableben von BKAnw Alfred Mair im Jänner 2020 wurde Heinz Ludwig Majer mit September 2020 zum BKAnw ernannt. Er war über zwei Jahre in der unter anderem für Kartellrecht zuständigen Abteilung I/4 des Bundesministeriums Justiz, über vier Jahre bei der Europäischen Kommission (davon zwei Jahre in der Verfolgung von Kartellen bei der GD Wettbewerb) und seit Herbst 2016 beim BKAnw tätig. Daneben verfügt er über justizielle Kenntnis aus über sieben Jahren Tätigkeit als Richter im Bereich des Handelsrechts.

### 3. ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

#### 3.1 Brau Union Aktiengesellschaft; Fohrenburger Beteiligungs-Aktiengesellschaft

Am 13.2.2020 wurde der Erwerb weiterer 62,94% Anteile an und alleiniger Kontrolle über die Fohrenburger-Brauerei einschließlich deren im Großhandel und Event-Organisation tätiger

Tochtergesellschaft s'Fäscht GmbH (s'Fäscht) durch die Brau Union, eine Gesellschaft des Heineken-Konzerns, angemeldet.<sup>1</sup>

Die Brau Union produziert die Biermarken *Gösser, Schwechater, Puntigamer, Wieselburger, Reininghaus, Kaiser, Schladminger, Kaltenhauser, Desperados, Edelweiss, Schlossgold, Villacher, Zipfer* und *Heineken* in insgesamt neun Brauereien in Österreich.

Fohrenburg ist die drittgrößte Brauerei in Vorarlberg und wurde zuvor mehrheitlich von der Rauch Fruchtsäfte GmbH gehalten.

In einer Marktbefragung durch die Bundeswettbewerbsbehörde äußerten sich befragte Unternehmen unterschiedlich, einzelne Brauereien, Getränkegroßhändler und Getränkehersteller zeigten wesentliche und fundierte Bedenken auf.

Der BKAAnw argumentierte, dass Indizien darauf hinwiesen, dass die Brau Union aktiv versuche, durch außergewöhnlich günstige Preise Marktanteile in jenen Gegenden zu gewinnen, in denen es noch ernst zu nehmende Wettbewerber gibt. Dies wurde von der Brau Union vehement bestritten.

Das Kartellgericht bestellte den ökonomischen Sachverständigen Dr. Rainer Nitsche. Das Sachverständigengutachten kam zum Ergebnis, dass letztlich für keine der relevanten Schadenstheorien (Abschottung konkurrierender Brauereien; Abschottung konkurrierender Getränkegroßhändler; Abschottung von für die Herstellung von Bier relevanten Inputmärkten sowie wettbewerbswidrige horizontale Verdrängungsstrategien in der Hotel-/Restaurantbranche und im Lebensmitteleinzelhandel) eine wettbewerbswidrige Wirkung des Zusammenschlusses festgestellt werden konnte: Es komme durch den Zusammenschluss weder zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung noch zu einer Verstärkung einer schon bestehenden marktbeherrschenden Stellung. Die Befragungen von Wettbewerbern durch den Sachverständigen hätten ergeben, dass Wettbewerber zwar erhebliche Bedenken gegenüber dem Zusammenschluss haben, sich aber nicht konkret gefährdet sehen, vom Markt verdrängt zu werden. Allerdings seien die Kriterien einer Marktbeherrschung durch die Brau-Union im Wesentlichen erfüllt und wesentliche Kriterien für die Möglichkeit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategie (Finanzkraft; Multimarkteffekte als überregionaler Anbieter mit zahlreichen Marken, guter Zugang zu Ressourcen) würden vorliegen.

Der BKAAnw beantragte eine mündliche Erörterung des Gutachtens und stellte Fragen an den Sachverständigen. Sodann schlugen die Zusammenschlusswerber im kartellgerichtlichen Verfahren Auflagen vor, die von den Amtsparteien akzeptiert wurden und zur Genehmigung des Zusammenschlusses führten.

Die Auflagen umfassen ein Monitoring der Rabattaktionen, ein Verbot des Kaufes bzw. der Pacht von Gaststätten in Vorarlberg sowie eine Zusage, in den kommenden fünf Jahren keine weitere Brauerei in Österreich zu erwerben.

### **3.2 Fujifilm Corporation; FujiFilm Healthcare Corporation**

Am 20.5.2020 wurde der Erwerb des Geschäftsbereiches „Diagnostic Imaging“ von Hitachi durch Fujifilm angemeldet.<sup>2</sup>

Der Zusammenschluss rief insofern wettbewerbliche Bedenken bei Ultraschall-Endoskopen hervor, als zwei von den drei weltweiten Herstellern für Geräte zur Verarbeitung der Signale

<sup>1</sup> KA 60/20 (BWB/Z-4808, 26 Kt 1/20x, 26 Kt 2/20v)

<sup>2</sup> KA 151/20 (BWB/Z-4896, 27 Kt 3/20y, 27 Kt 4/20w)

der Ultraschall-Endoskope („Endoscopy Ultrasound Systems“) Fujifilm und das Zielunternehmen waren. Daneben bestand der Wettbewerber Olympus, der jedoch seinerseits diese Geräte vom Zielunternehmen bezog. Für den BKANw ergaben sich weiters Bedenken auf dem Markt für Wartung dieser Geräte (Marktgegenseite: Spitäler und Gesundheitseinrichtungen), weil auch unter dem Namen „Olympus“ verkaufte Geräte von Hitachi gewartet wurden.

Der BKANw stellte – ebenso wie die BWB – am 1.7.2020 einen Prüfungsantrag. Da der Zusammenschluss ebenfalls in Deutschland, China, Japan, Türkei und USA angemeldet wurde, und die Zusammenschlusswerber einen „Waiver“ zum Austausch von Informationen bereitstellten, gab es auch internationalen Informationsaustausch der Behörden.

Für die Behörden erschwerend war, dass sich die japanischen Wettbewerber ihren Geschäftsgewohnheiten folgend nicht konkret äußerten, sondern ihre Bedenken nicht oder sehr abgeschwächt übermittelten.

Mit Schreiben vom 9.7.2020 zog die Anmelderin die Zusammenschlussanmeldung zurück.

In weiterer Folge wurden insbesondere durch die japanische FTC Auflagen verhandelt.

Am 11.1.2021 wurde ein modifizierter Zusammenschluss angemeldet, der nach Abgabe derselben Verpflichtungserklärung wie in Japan in Phase I genehmigt wurde.

### **3.3 MedMedia Verlag und Mediaservice GmbH; Universimed Cross Media Content GmbH**

Am 12.3.2020 meldete die MedMedia Verlag und Verlagsservice-Gruppe den Erwerb der Universimed Cross Media Content GmbH an.<sup>3</sup> MedMedia publiziert medizinische Fachzeitschriften wie unter anderem „Spectrum Onkologie“, „Arzt und Praxis“ und erbringt auch verlegerische Dienstleistungen für die Titel „Ärzte Krone“, „Apotheker Krone“, „Zahn Krone“. Universimed gibt Fachzeitschriften unter anderem mit den Titeln „JATROS“ heraus.

Trotz der relativ geringen Umsätze beider Unternehmen hatte der BKANw Zweifel hinsichtlich der Medienvielfalt, als in einem Fachbereich ein Monopol entstanden wäre und es in einem anderen einen „Drei zu Zwei“(Wettbewerber)-Zusammenschluss gegeben hätte. Das Hauptaugenmerk der BWB lag auf Exklusivitätsbindungen und missbräuchlichen Rabattsystemen.

Nach Verhandlungen wurde eine umfangreiche Verpflichtungserklärung seitens der Anmelder mit folgenden Punkten abgegeben: Getrennte Redaktionen von MedMedia und Universimed für die betroffenen Titel; keine Einstellung der betroffenen Titel für sieben Jahre nach Freigabe des Zusammenschlusses (Ausnahme: zwingende betriebswirtschaftliche Gründe und Aufforderung zur Einstellung von Dritten, beispielsweise medizinischen Fachgesellschaften); eine Verpflichtung der Zusammenschlusswerber, vor der Einstellung von Titeln diese Dritten anzubieten, keine exklusiven Vertragsbindungen oder missbräuchliche Rabattsysteme gegenüber Pharmawerbekunden, verschiedene Berichtspflichten sowie eine Abänderungs- und Reviewklausel.

Im Zuge der Aufлагengespräche zeigte sich, dass die Artikelauswahl in vielen Fällen nicht durch hauseigene Redaktionen, sondern durch medizinische Fachgesellschaften, wissenschaftlichen Beiräten oder Herausgebern erfolgt. Dieses System wird beibehalten, über personelle Änderungen werden BWB und BKANw informiert.

<sup>3</sup> KA 97/20 (BWB/Z-4845)

### **3.4 Merck & Co., Inc.; Themis Bioscience GmbH**

Merck & Co., Inc., USA (in Europa unter MSD bekannt und nicht zu verwechseln mit der Europäischen Merck AG), meldeten am 27.5.2020 den Erwerb sämtlicher Anteile an und damit alleinige Kontrolle über Themis Bioscience GmbH, einem Österreichischen Biotech-Startup an.<sup>4</sup> Themis entwickelte einen Vektor-Impfstoff gegen Covid-19 sowie verschiedene Pipelineprodukte, unter anderem Impfstoffe gegen Krebs. Anzumerken ist, dass Themis zwar keine direkten Umsätze aus dem Verkauf von Produkten erzielte, die Forschung jedoch durch eine Reihe von Förderungen und Investoren finanziert wurde.

Beide Unternehmen entwickeln Wirkstoffe gegen Krebs, doch aufgrund der völlig unterschiedlichen Wirkungsarten kam es zu keiner Marktanteilsaddition: Das von Merck USA entwickelte Medikament „Keytruda“ stärkt die natürliche Reaktion des Immunsystems gegen Krebszellen und wird als zusätzliches Medikament gegeben. Der auf dem Masern-Vektor basierende Impfstoff von Themis wird – sofern erfolgreich – die Krebszellen hingegen dazu bringen, sich selbst zu töten. Bei einer Therapie würden beide Mittel gleichzeitig eingesetzt werden. Während der Impfstoff von Themis sehr krebsspezifisch sein wird, wird Keytruda bei allen Krebsarten zur Unterstützung gegeben.

Ausgehend von der Diskussion über den damals kolportierten Übernahmeversuch von Biontech durch amerikanische Unternehmen wurde auch geprüft, ob eine Marktreife des Covid-19-Impfstoffes auch Europa zugute kommen würde. MSD hatte entsprechende Verträge unterzeichnet, die auch eine Produktion für Europa absicherten.

Die Ermittlungen zeigten, dass aufgrund des großen Finanzbedarfs und fehlender Produktionsressourcen ohne diesen Zusammenschluss eine Marktreife der Themis-Entwicklungen nicht zu erwarten gewesen wäre.

Bemerkenswert war, dass durch diesen Zusammenschluss auch in Österreich eine hochrisikoreiche Investition zu beachtlichen Gewinnen geführt hat.

Der Zusammenschluss wurde in Phase I frei gegeben.

### **3.5 ProSiebenSat.1 Media SE; General Atlantic GmbH; The Meet Group, Inc. (Parship)**

Am 5.4.2020 meldete die ProSiebenSat.1 Media SE (P7S1) in Übereinstimmung mit General Atlantic PD GmbH (GA) den indirekten Erwerb von 55% der Anteile an und damit der alleinigen Kontrolle über The Meet Group Inc. (TMG) durch P7S1, sowie den indirekten Erwerb von 45% der Anteile durch GA, an.<sup>5</sup> Der Anmeldung waren ausführliche Pränotifikationsgespräche vorangegangen. Das Vorhaben wurde auch in den USA und in Deutschland angemeldet.

P7S1 hielt damals bereits 71,6% der Anteile an der NuCom Gruppe. Die übrigen 28,4% der Anteile hielt GA. Die NuCom Gruppe betreibt (indirekt) Plattformen im Bereich der Partnervermittlung, nämlich Parship, Elite-Partner und eharmony.

TMG ist ein Anbieter von Mobile-Social-Entertainment Apps und Webseiten, die interaktive Plattformen für die Anbahnung von Kontakten und Kommunikation mit anderen Personen betreiben. TMG betreibt die Plattformen LOVOO, MeetMe, Skout, Tagged/Hi5 und Growlr.

<sup>4</sup> KA 157/20 (BWB/Z-4902)

<sup>5</sup> KA 134/20 (BWB/Z-4879)

LOVOO, eine Singlebörse, ist davon die einzige Plattform mit relevanten Geschäftsaktivitäten in Österreich.

Aus wettbewerblicher Sicht stellte sich in erster Linie die Frage, wie die Marktabgrenzung in dem – noch relativ jungen – Tätigkeitsfeld der Online-Vermittlung von Menschen vorzunehmen ist. Prinzipiell kam eine Betrachtung (i) eines weiten Online-Dating-Marktes, der sowohl Partnervermittlungsplattformen als auch Singlebörsen (und möglicherweise auch Adult Dating-Plattformen) umfasst, oder (ii) die Annahme eigenständiger Märkte für Partnervermittlungsplattformen (z.B. Parship), Singlebörsen (z.B. Tinder, LOVOO) und Adult Dating-Plattformen (z.B. C-Date) in Frage.

Die österreichischen Amtsparteien führten ihre Erhebungen dazu in enger Abstimmung mit dem Bundeskartellamt in Bonn durch. In beiden Staaten wurden Marktbefragungen durchgeführt. Sie führten zu dem Ergebnis, dass keine Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung im Markt befürchtet wurde (vereinzelte Befürchtung, dass P7S1 Rabatte für Werbung gewähren könnte). Singlebörsen und Partnervermittlungen wurden größtenteils als ein Online-Dating-Markt wahrgenommen, jedoch mit wenig wettbewerblicher Nähe zwischen Singlebörsen und Partnervermittlung. Außerdem zeigte sich, dass die „Markteintrittsbarrieren“ gering sind, also neue Wettbewerber leicht in den Markt eintreten können.

Aufgrund dieser Ergebnisse war der Zusammenschluss in Deutschland und Österreich in Phase I freizugeben. Eine genaue Beantwortung der Frage der Marktabgrenzung konnte daher dahingestellt bleiben.

### **3.6 Funke Österreich Holding GmbH; Signa Holding GmbH, KRONE-Verlag Gesellschaft m.b.H.**

Wie bereits im Tätigkeitsbericht 2019 angeführt, hatte die FUNKE Holding GmbH gemeinsam mit der von ihr kontrollierten WAZ Ausland Holding GmbH (WAZ) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die KRONE-Verlag Gesellschaft m.b.H. (und andere Mediengesellschaften der Gruppe) als Zusammenschluss angemeldet.<sup>6</sup> Durch die Aufteilung des Gesellschaftsanteils von Hans Dichand auf vier Erben hätten sich „unrunde“ Gesellschaftsanteile der neuen Gesellschafter ergeben, während laut Gesellschaftsvertrag Stimmrechte nur zu vollen 1.000 ATS Beträgen gezählt würden. Damit hätten die Erben nach Hans Dichand Stimmrechte „verloren“ und die Funke Mediengruppe nunmehr die Mehrheit der Stimmrechte. Die Seite Dichand argumentierte unter anderem mit Hinweis auf Syndikatsverträge, dass dies nicht der Fall wäre. Über diese Syndikatsverträge war ein Rechtsstreit vor einem Schweizer Schiedsgericht anhängig. Die BWB und der BKA<sup>n</sup>w stellten Prüfungsanträge und beantragten die Zurückweisung der Zusammenschlussanmeldung wegen eines noch ungewissen und nicht ausreichend konkretisierten Zusammenschlussvorhabens.

Die Erben nach Hans Dichand beantragten, in diesem Verfahren als Partei zugelassen zu werden. Das Kartellgericht wies den Antrag ab und sprach aus, dass nach der ständigen Rechtsprechung im Zusammenschlussverfahren nur dem Erwerber und dem Zielunternehmen Parteistellung zukommt, wohingegen die Stellung der Erben der des Veräußerers gleicht. Die Erben erhoben Rekurs, der BKA<sup>n</sup>w beteiligte sich nicht am Rechtsmittelverfahren. Am 29.5.2020 bestätigte der OGH als Kartellobergericht die Entscheidung.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> KA 551/19 (BWB/Z-4753, 25 Kt 1/20i)

<sup>7</sup> OGH 29.5.2020, 16 Ok 2/20k

In der Sache folgte das Kartellgericht der Rechtsansicht der Amtsparteien, dass noch kein Zusammenschluss vorliege, solange – aufgrund von Rechtsstreitigkeiten – keine Klarheit über die Strukturen des Zusammenschlusses bestehe. Diese Entscheidung wurde mittlerweile vom OGH als Kartellobergericht bestätigt. Es ist nicht Aufgabe des Kartellgerichts über die Frage der Wirksamkeit und Gültigkeit der dem Zusammenschluss zugrundeliegenden Vorgänge abzusprechen.<sup>8</sup>

Im Rechtsstreit über die Syndikatsverträge wurde vom Schweizer Schiedsgericht am 19.5.2020 ausgesprochen, dass die Rahmenvereinbarung wirksam bleibt. Demnach haben die Erben von Hans Dichand nach wie vor gemeinsame Kontrolle mit der Funke Gruppe über die Gesellschaften der KRONE-Gruppe. Die Funke-Gruppe kündigte Rechtsmittel an den Schweizer Bundesgerichtshof an.

### **3.7 London Stock Exchange Group plc; The Blackstone Group Inc**

Am 17.12.2020 meldeten die London Stock Exchange Group (LSEG) und die Investmentgesellschaft Blackstone einen Zusammenschluss an.<sup>9</sup> Die LSEG plante die Übernahme des Finanzinformationsunternehmens Refinitiv von Blackstone. Diese Haupttransaktion wurde bei der Europäischen Kommission angemeldet. Im Gegengeschäft übernahm Blackstone eine nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligung am (kombinierten) Geschäft von LSEG und Refinitiv. Das Gegengeschäft war in Österreich und Deutschland anmeldepflichtig. Der Anmeldung war eine Pränotifikation und eine zurückgezogene Anmeldung im Juni 2020 vorangegangen.<sup>10</sup> Grund für die Zurückziehung der ersten Anmeldung war, dass die Amtsparteien darauf bestanden, das Gegengeschäft erst zu prüfen, wenn feststand, dass das Hauptgeschäft von der Europäischen Kommission freigegeben wird (und das Gegengeschäft somit wirksam werden konnte). In einer weiteren Pränotifikation im November/Dezember 2020 wurde erhoben, dass die Europäische Kommission die Haupttransaktion unter Auflagen (unter anderem Verkauf der Anteile an der Mailänder Börse an Dritte) freigeben werde. Mit dem deutschen Bundeskartellamt wurde erörtert, dass das Gegengeschäft lediglich eine Minderheitsbeteiligung vermittelte und keine wettbewerblichen Bedenken ersichtlich waren. Es konnte daher in Deutschland und Österreich durch Fristablauf in Phase I freigegeben werden.

### **3.8 Antrag auf Aufhebung (Aussetzung) der Verpflichtungserklärung im Zusammenschlussverfahren ATV/ProSiebenSat.1 PULS 4-Gruppe**

Die ProSiebenSat.1 PULS 4-Gruppe (P7S1P4-Gruppe) hatte im Jahr 2017 den Privatsender ATV übernommen, der andernfalls aufgrund hoher Verluste aus dem Markt ausgeschieden wäre. Die P7S1P4-Gruppe ist die größte Gruppe von Privatsendern in Österreich, nur der ORF erzielt höhere Reichweite. Die Gruppe hatte sich damals zu Auflagen verpflichtet, die die Medienvielfalt und interne Unabhängigkeit von ATV sichern sollen. Diese gelten bis Ende 2022. Im Zuge des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 wurde der P7S1P4-Gruppe eine Aussetzung der Auflagen im Bereich "Nachrichten und Information" insoweit gewährt, als dies zur Aufrechterhaltung des Betriebes der Nachrichtenredaktionen mit verringerter Anwesenheit der Mitarbeiter notwendig war.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> OGH 25.1.2021, 16 Ok 5/20a

<sup>9</sup> KA 418/20 (BWB/Z-5154)

<sup>10</sup> KA 166/20 (BWB/Z-4909)

Am 26.11.2020 beantragte die P7S1P4-Gruppe erneut eine Aufhebung der Auflagen.<sup>12</sup> Die BWB, BKANw und die KommAustria (erweiterte Amtsparteien) ermittelten, indem sie Auskunftsverlangen an die P7S1P4-Gruppe schickten und über den Auflagentreuhänder die Situation in der Sendergruppe erheben ließen. Während der Ermittlungen zeigte sich, dass sich die P7S1P4-Gruppe als ein in der Krise äußerst erfolgreiches Unternehmen in den Medien darstellte (zB „ProSiebenSat.1 Group übertrifft Umsatz- und Ergebniserwartung im Gesamtjahr 2020 deutlich“ vom 21.01.2021; „bei den 12- bis 49-Jährigen erzielte der Sender mit 5,0 Prozent Marktanteil laut Eigenangaben den stärksten April seit 2009“ in der Standard, „TV-Quoten im April“ vom 3.5.2021). Auch der Auflagentreuhänder bestätigte, dass sowohl ATV als auch die P7S1P4-Gruppe Gewinne erwirtschafteten. Dabei war der Gruppe jedoch zuzugestehen, dass die Gewinne niedriger als prognostiziert ausgefallen waren, weil die Werbeumsätze in der Krise geringer waren.

Die erweiterten Amtsparteien schlugen der P7S1P4-Gruppe nach mehreren vom BKANw organisierten Videokonferenzen daher vor, dass angesichts der außerordentlichen wirtschaftlichen Umstände des Jahres 2020 – trotz der soliden wirtschaftlichen Situation der P7S1P4-Gruppe und des Senders ATV – eine gemeinschaftliche Verwendung von Rohmaterial für den Bereich "Nachrichten und Information" in Abänderung der Auflagen vereinbart werden könne. Die P7S1P4-Gruppe antwortete mit einem deutlich darüber hinaus gehenden Vorschlag. Der BKANw und die KommAustria traten dem entgegen. Sie vertreten weiterhin den Standpunkt, dass eine Abwägung der wirtschaftlichen Situation der Sender gegen die Einschränkung der Medienvielfalt eine Aufhebung oder weitestgehende Einschränkung der Auflagen nicht rechtfertigt. Die BWB hingegen teilte der P7S1P4-Gruppe, dem BKANw und der KommAustria mit, dass sie in Zukunft keine aktive Rolle in der Diskussion mehr einnehmen werde. Es bleibt nun abzuwarten, ob die P7S1P4-Gruppe den ursprünglichen Vorschlag der erweiterten Amtsparteien, die Auflagen in Richtung einer gemeinsamen Nutzung von Rohmaterial zu ändern, annehmen will. Eine Antwort der Sendergruppe steht zum Zeitpunkt dieses Berichts noch aus.

## **4. GELDBUSSENVERFAHREN**

### **4.1 Überblick**

Im Kalenderjahr 2020 hat die BWB insgesamt zwei neue Geldbußenanträge beim KG eingebracht. Einer davon betrifft das Baukartell (siehe unten 4.2.) Die Amtspartei BKANw beteiligte sich in beiden Verfahren sowohl in den außergerichtlichen Gesprächen über eine allfällige einvernehmliche Lösung („Settlement“) als auch vor Gericht.

### **4.2 Baukartell, erster Geldbußenantrag der Bundeswettbewerbsbehörde**

Ende Oktober wurde von der BWB der erste Geldbußenantrag gegen Mitglieder des sogenannten "Baukartells" beim Kartellgericht eingebracht.<sup>13</sup> Der Text des Antrags umfasst ca. 200 Seiten, es wurden ca. 300 Urkundenkonvolute vorgelegt. Er richtet sich gegen vier Baugesellschaften, bei denen der Verdacht vorliegt, dass sie zumindest von 2002 bis 2017 an dem Kartell teilgenommen haben. Nach den von der BWB vorgelegten Beweisen hätten zahlreiche Bauunternehmen ein System wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei

<sup>11</sup> NKA 10/20

<sup>12</sup> NKA 44/20

<sup>13</sup> KA 340/20 (BWB/K-596, 28 Kt 6/20x)

Vergabeverfahren eingerichtet und bei zahlreichen Ausschreibungen im Bereich des Hoch- und Straßenbaus durchgeführt. Die Geschädigten wären unter anderem Gebietskörperschaften und Unternehmen der öffentlichen Hand. Die Bauunternehmen hätten untereinander vereinbart, welches Unternehmen aus einer Ausschreibung als Bestbieter hervorgehen sollte und ihre Angebote abgestimmt. Die nicht zum Zug kommenden Unternehmen hätten die Zusage für folgende Aufträge bzw. Abschlagszahlungen erhalten.

Der BKANw brachte einen Schriftsatz ein, in dem er das Vorbringen der BWB unterstützte und darlegte, dass nach der gesicherten Rechtsprechung der EU-Gerichte<sup>14</sup> zum Beweismaß in Kartellverfahren die von der BWB vorgelegten Beweise das Baukartell vollständig nachweisen. Es wäre im Hinblick auf die europarechtlichen Verpflichtungen Österreichs zum Vollzug des Kartellrechts unverhältnismäßig, von der BWB ein höheres Beweismaß zu fordern, als dies die EU-Gerichte von der Europäischen Kommission erwarten. Weiters wurde ausgeführt, dass die ständige Rechtsprechung der EU-Gerichte langjährige Kartelle als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlungen beurteilt, die unabhängig davon, wie viele Bauvorhaben genau von den Absprachen umfasst waren, mit Geldbuße zu belegen sind. Dabei ist Österreich aufgrund seiner europarechtlichen Verpflichtungen jedenfalls verpflichtet, Verletzungen des Kartellrechts zu ahnden, weshalb sich allfällige Fragen des Doppelbestrafungsverbots (*ne bis in idem*) lediglich im parallelen Strafverfahren der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft stellen können.

Die Antragsgegnerinnen bestreiten die Vorwürfe. Mittlerweile hat die BWB im Jahr 2021 einen weiteren Geldbußenantrag eingebracht. Weiters hat ein großes Bauunternehmen ein Anerkenntnis im Rahmen eines Settlements abgegeben. Die erste Verhandlung gegen die Antragsgegnerinnen ist für Oktober 2021 angesetzt.

## **5. STELLUNG DES BKANW ALS AMTSPARTEI IN VERFAHREN DRITTER**

### **5.1 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.

### **5.2 Büchl GmbH vs. Peugeot Austria Gesellschaft m.b.H**

Das Verfahren hat den Bereich des Kfz-Handels, in dem ein vertikal integriertes Vertriebsnetz zulässig ist, zum Inhalt. Der Fall zeigt in einem Streit zwischen dem Generalimporteur der Marke Peugeot und einem Vertragshändler, wo in diesem Netz die Grenze des Missbrauchs der Marktmacht der Importeure (und damit idR der Hersteller) überschritten wird.<sup>15</sup>

Die Antragstellerin, ein alt eingesessener Kfz-Händler der Marke Peugeot, machte geltend, dass die Generalimporteurin ihre Marktmacht durch zahlreiche Maßnahmen missbrauche (u.a. im Neuwagenbereich durch Koppelung von Prämienzahlungen mit Kundenzufriedenheitsumfragen, Spannenreduktionen durch Vorgabe bewusst überhöhter Verkaufsziele, Praktizierung missbräuchlich niedriger Abgabepreise am Endkundenmarkt

<sup>14</sup> Gericht (EuG) und Gerichtshof (EuGH) der Europäischen Union

<sup>15</sup> KA 417/18 (27 Kt 5/18i)



durch im wirtschaftlichen Mehrheitseigentum der Generalimporteurin stehende Händlerbetriebe, einseitige Beschränkung der Preissetzungsfreiheit der Antragstellerin durch den wirtschaftlichen Zwang zur Teilnahme an vorgegebenen Aktionen). Der BKA<sub>nw</sub> beteiligte sich am Verfahren in erster Instanz insofern, als er darauf hinwies, dass die im Firmenbuch veröffentlichten Geschäftsberichte der Handelstochter der Generalimporteurin darauf hindeuteten, dass eine Kosten-Preis-Schere („margin squeeze“) vorliege. Die Vertriebstochter der Generalimporteurin, also eine Wettbewerberin der Antragstellerin, erwirtschaftete nämlich aus dem Kfz-Verkauf jahrelang Verluste, die von der Generalimporteurin als Muttergesellschaft ausgeglichen wurden.

Das Kartellgericht gab dem Begehren der Antragstellerin größtenteils statt. Die Antragsgegnerin erhob gegen diese Entscheidung Rekurs und machte unter anderem zahlreiche Verfahrensfehler geltend. Der BKA<sub>nw</sub> erstattete hierauf eine Rekursbeantwortung, in der er die Behauptungen zu den Verfahrensfehlern anhand der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs widerlegte.

Der OGH als Kartellobergericht bestätigte die Entscheidung des Kartellgerichts in den überwiegenden Teilen. Er sprach aus, dass keine Verfahrensfehler vorlagen; weiters, dass einem Generalimporteur gegenüber einem Vertragshändler Marktmacht iSd § 4 Abs. 3 KartG ("relative Marktbeherrschung") zukommt. Diese Marktmacht wurde unter anderem missbraucht, indem die Generalimporteurin

- Teile der Händlervergütung an unrealistische Kundenzufriedenheitsumfragen geknüpft hat (im vorliegenden Fall ab Note 9 auf einer 10-teiligen Skala);
- Teile der Händlervergütung an unrealistische Verkaufsziele geknüpft hat;
- mit einer eigenen Vertriebstochter verlustbringende Kfz-Verkäufe tätigte und die Verluste der eigenen Tochter ausglich ("margin squeeze").

Teile des Begehrens wurden auch abgewiesen: Es ist den Händlern insofern zuzumuten, Investitionen in die Corporate Identity der Marke und in technisch spezifische Analyseprodukte zu tätigen. Zum Sachverhalt der (nach den Behauptungen erzwungenen) Beteiligung an Verkaufsaktionen wurde dem Kartellgericht eine – zum Zeitpunkt dieses Berichts noch anhängige – Verfahrensergänzung aufgetragen.<sup>16</sup>

## 6. VERBRAUCHERBEHÖRDEN-KOOPERATION

Da das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz zur Implementierung der VO 2017/2394<sup>17</sup> erst am 25.3.2021 kundgemacht wurde und die vorhergehende Verordnung VO 2006/2004 mit 17.1.2020 ausgelaufen war, hatte der BKA<sub>nw</sub> keine Fälle der Verbraucherbehördenkooperation im Berichtszeitraum.

<sup>16</sup> OGH 17.2.2021, 16 Ok 4/20d

<sup>17</sup> Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. Nr. L 345 vom 27.12.2017 S. 1, zuletzt geändert durch die Richtlinie (EU) 2019/771, ABl. Nr. L 136 vom 20.05.2019 S. 28