



Tätigkeitsbericht 2012

Alfred Mair / Gustav Stifter

1. Überblick

Beim Bundeskartellanwalt (BKAnw) sind im Jahr 2012 insgesamt 467 (2011: 427) neue Verfahren angefallen. Wie auch schon in den Vorjahren lag der quantitative Schwerpunkt wieder in der Fusionskontrolle: Bei 307 (2011: 281) Zusammenschlussanmeldungen wurde vom BKAnw in drei Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) beantragt. In 45 Fällen wurde auf die Stellung eines Prüfungsantrages vor Fristablauf verzichtet. Der BKAnw hat darüber hinaus in verschiedensten Verfahren begründete Stellungnahmen etc. erstattet und die überwiegende Zahl der kartellgerichtlichen Verfahren begleitet.

Im Jahr 2012 wurden an den BKAnw 25 Anfragen und Beschwerden (2011: 34) gerichtet, die entsprechend behandelt wurden. Nachstehend sollen einige wichtige, vom BKAnw initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt werden.

2. Geldbußenverfahren

2.1. Verstoß gegen das Durchführungsverbot (Nahrungsmittelproduzenten)¹

Der BKAnw stellte aufgrund von Recherchen im Rahmen anderer Verfahren fest, dass spätestens mit 21.9.2010 ein regionaler österreichischer Nahrungsmittelproduzent 51 % der Anteile an einem Wettbewerber erworben hatte. Da ein deutscher Nahrungsmittelkonzern 49 % der Gesellschaftsanteile am österreichischen Erwerber hält, war kartellrechtlich der Umsatz der deutschen Konzernmutter jedenfalls zu berücksichtigen. Da der in Österreich anmeldebedürftige Zusammenschluss aber nicht nur nicht angemeldet wurde, sondern sogar verschiedene Durchführungshandlungen gesetzt wurden, handelte es sich jedenfalls um eine verbotene Durchführung eines nicht genehmigten Zusammenschlusses.

Über Antrag des BKAnw verhängte das KG deshalb eine Geldbuße von mehr als 165.000,-- Euro.

Der betreffende Zusammenschluss selbst wurde während des anhängigen Geldbußenverfahrens (nach Klärung anfänglicher Bedenken hinsichtlich der Beschaffungsseite in eingehenden Voranmeldegesprächen) nachträglich angemeldet und ohne vertiefte Prüfung genehmigt.

¹ KG 14.6.2012, 29 Kt 68,69/11

3. Zusammenschlusskontrolle

3.1. VIVATIS Holding AG; Vivatis Capital Invest GmbH; AVE Tierkörperverwertungs GmbH Regau²

Am 10.2.2012 wurde der Erwerb der AVE Tierkörperverwertungs GmbH (TKV Regau) durch die VIVATIS Holding AG und die Vivatis Capital Invest GmbH bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) als Zusammenschluss angemeldet.

Die Aktivitäten von Vivatis und AVE Regau überlappen sich in Österreich und in angrenzenden Nachbarländern in der Sammlung und Entsorgung von sogenannten „tierischen Nebenprodukten“ (das sind unter anderem Schlachtnebenprodukte, „Falltiere“ und tote Heimtiere). Ebenso sind sowohl Vivatis (über die Tochtergesellschaften *Burgenländische Tierkörperverwertungsgesellschaft m.b.H & Co KG* und *Steirische Tierkörperverwertungsgesellschaft m.b.H & Co KG*³) als auch AVE Regau in der Verwertung der entsorgten tierischen Nebenprodukte in Tierkörperverwertungsanlagen, d.h. der Verarbeitung der tierischen Nebenprodukte zu Endprodukten (vor allem Tierfett, Tiermehl und Blutmehl) und dem Vertrieb der Endprodukte, tätig.

Am 9.3.2012 stellten BKA_{nw} und BWB jeweils einen Prüfungsantrag beim KG. Das von diesem eingeholte Sachverständigengutachten kam zum Ergebnis, dass die Märkte für die Sammlung und Entsorgung von „tierischen Nebenprodukten“ der Risiko-Kategorie 1 (Risiko für Mensch, Tier und Umwelt) und Kategorie 2 (kein Risikobereich, jedoch eventuell sonstige tiereseuchenrelevante Herkünfte) einen gemeinsamen, jedoch von der Kategorie 3 (tierische Nebenprodukte aus Verarbeitungsprozessen ohne Anzeichen einer übertragbaren Krankheit) getrennten Markt bilden.

Bei der „Entsorgung von Falltieren und Siedlungsabfällen im öffentlichen Auftrag“ (Kategorie 1 und 2) bestehen letztendlich nach Bundesländern getrennte räumliche Märkte. Eine Wettbewerbsbeziehung zwischen den Entsorgern besteht nicht, weshalb der Zusammenschluss hier zu keiner Veränderung führt. Diese Analyse stimmt sinngemäß auch für den Markt der „Entsorgung von sonstigen tierischen Nebenprodukten bei Kunden mit kleinen Abholmengen“.

Hinsichtlich der Entsorgung von „sonstigen tierischen Nebenprodukten bei Kunden mit großen Abholmengen, einschließlich der zentralen Sammelstellen der Bundesländer“ werden Kunden von Tierkörperverwertungsbetreibern bundeslandübergreifend und grenzübergreifend erfasst, die Abholungsdistanzen betragen bis zu 425 km. Obwohl die Einzugsgebiete der Zusammenschlusswerber einander überlappen und diese im Wettbewerb stehen, gibt es nach Ansicht des Gutachters in Deutschland, Tschechien, der Slowakei, Ungarn, Slowenien und Italien insgesamt mindestens neun Tierkörperverwertungsanlagen, die als aktuelle oder potentielle Wettbewerber zu werten

² KG 24.08.2012, 24 Kt 12,14/12 (Einstellungsbeschluss); BWB/Z-1648/2

³ Die TKV Regau ist in der Entsorgung und der Verwertung von tierischen Nebenprodukten und Materialien (Schlachtnebenprodukte/Schlachtverluste, Tierkörper/gefallene Tiere) vor allem in Oberösterreich tätig. Zwei „Töchter“ der Vivatis sind ebenso im Bereich Tierkörperverwertung aktiv: Eine „Tochter“ sammelt Tierkörper im Burgenland und betreibt eine Tierkörperverwertung in Unterfrauenhaid im Burgenland, in der tierische Nebenprodukte verarbeitet werden, die andere „Tochter“ sammelt Tierkörper in der Steiermark und Kärnten und betreibt eine TKV in Ehrenhausen in der Steiermark, die ebenfalls tierische Nebenprodukte verarbeitet.

sind. Deshalb führt der Zusammenschluss auch auf diesem Markt nicht zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Aufgrund dieser Gutachtensergebnisse konnten beide Prüfungsanträge zurückgezogen werden.

3.2. Telekom Austria AG; Yesss! Telekommunikation GmbH⁴

Am 31.5.2012 wurde bei der BWB der beabsichtigte Erwerb sämtlicher Anteile an dem Mobiltelefonie-Diskonter *Yesss! Telekommunikation GmbH (Yesss!)* durch die *Telekom Austria Aktiengesellschaft (TA)* als Zusammenschluss angemeldet. Der Zusammenschluss stand in Zusammenhang mit dem bei der Europäischen Kommission und der Telekom-Regulierungsbehörde RTR angemeldeten Erwerb von *Orange Österreich* durch *Hutchison Austria (H3G)*, da *Yesss!* zunächst von *H3G* erworben und anschließend von *H3G* an *TA* weiterveräußert werden sollte.

In einem höchst aufwändigen Verfahren brachte der BKANw vor, dass die *TA*-Marke *bob* mit *Yesss!* in intensivem Wettbewerb stehe, wobei jedoch – zum Zeitpunkt des Prüfungsantrages – jüngste Preissenkungen nicht mehr durch *TA* nachvollzogen worden seien. Stattdessen versuche die *TA* durch „innovative Schritte, um der Preiserosion entgegenzuwirken“ (so eine interne Präsentation der *TA*) das Preisniveau anzuheben. Darunter zähle unter anderem auch eine Einführung einer Servicepauschale, die zunächst von *TA* und anschließend auch von den anderen Mobil- und Festnetzbetreibern eingeführt wurde.

Hinsichtlich der Marktabgrenzung folgte der BKANw jener der *TA*, doch könnten seiner Ansicht nach – angesichts von Marktanteilen von deutlich über 40 % im Mobilfunkbereich und über 60 % im Festnetzbereich – kaum Zweifel darüber bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärkt werde.

Mit einer ausführlich begründeten Stellungnahme lehnte der BKANw – letztlich erfolgreich - den zunächst vom KG in Aussicht genommenen Gutachter ab, weil dieser zuvor bereits für ein Unternehmen, dessen Interessen von diesem Zusammenschluss betroffen waren, tätig geworden war.

In einer weiteren Stellungnahme gegenüber dem KG wies der BKANw auf die – nach der Zusammenschlussanmeldung erfolgte – 25,6 %-ige Beteiligung des durch die Familie *Slim* kontrollierten Konzerns *America Movil* bzw. des ebenfalls von der Familie *Slim* kontrollierten Unternehmens *Immobiliaria Carso* an der *TA* hin. Alleine durch den *America Movil*-Umsatz von rund 655 Mrd Mex. Pesos⁵ habe sich nämlich die Finanzkraft der *TA* nach der Zusammenschlussanmeldung wesentlich geändert. Auch wurde auf einen (nicht die direkte Kontrolle betreffenden) Syndikatsvertrag zwischen *America Movil* und dem US-amerikanischen Telefonunternehmen *AT&T* hingewiesen. *AT&T* erzielte – mit unter anderem rund 103 Mio Mobilfunkkunden weltweit – einen Gesamtumsatz von 126,7 Mrd US\$.

Eine besondere Schwierigkeit des Falles lag darin, dass im österreichischen Fusionskontrollverfahren nicht vorhersehbar war, ob und - wenn ja - mit welchen Auflagen

⁴ KG 26.11.2012, 26 Kt 47,48/12; BWB/Z-1735/2

⁵ *America Movil* selbst erzielte einen Umsatz von 655 Mrd Mex. Pesos (rund 47 Mrd US\$) und verfügt – alleine im Mobiltelefoniebereich – über rund 58 Millionen Teilnehmer.

der parallel bei der Europäischen Kommission in der zweiten Phase geprüfte Zusammenschluss *H3G/Orange* genehmigt werden würde.

Die vom KG bestellte Gutachterin kam letztendlich zum Ergebnis, dass ihrer Expertise nach der Zusammenschluss zu einer Preiserhöhung von (real) maximal 1,5 % führen werde. Aufgrund der von ihr festgestellten hohen Wechselbereitschaft und Preissensitivität der Konsumenten wäre es aber kaum möglich, das Preisniveau in einem höheren Ausmaß anzuheben. Dieser möglichen Preiserhöhung stehe ihrer Ansicht nach der Vorteil eines schnelleren Ausbaus der neuen Mobilnetz-Generation LTE und eine bessere Netzqualität gegenüber. Das von der Gutachterin so berechnete Ergebnis ändere sich auch nicht, wenn die Europäische Kommission den Zusammenschluss *H3G/Orange* mit oder ohne Auflagen genehmige. Auch die Änderung der Finanzkraft der *TA* durch die Beteiligung der Familie *Slim* ändere nichts am Ergebnis der Gutachterin.

Der den Zusammenschluss ohne Auflagen genehmigende Beschluss des KG stützte sich in seinen Feststellungen nahezu ausschließlich auf die Gutachtensergebnisse.

Die KG-Entscheidung wurde vom BKA_{nw} einer kritischen Prüfung unterzogen, von der Erhebung eines Rekurses allerdings aus folgenden Gründen Abstand genommen: Das vom BKA_{nw} zu vertretende öffentliche Interesse ist im Fusionskontrollverfahren nicht nur bei der Beantragung einer vertieften Prüfung, sondern auch bei der Beurteilung, ob ein Rechtsmittel erhoben wird, der entscheidende Maßstab. Es gilt dabei viele Aspekte abzuwägen, in erster Line natürlich die Frage der Auswirkung der Entscheidung auf das Wettbewerbsumfeld. Weiters geht es auch um die Auswirkungen auf die Konsumenten sowie um die Tiefe der vorgenommenen Prüfung

Es galt aber auch die Kohärenz mit den Verfahrensergebnissen anderer befasster Behörden - wie eben in diesem Fall Europäischer Kommission und Telekom-Regulierungsbehörde - zu berücksichtigen, die ihrerseits zwischenzeitig den Zusammenschluss bzw. den „Parallelzusammenschluss“ *H3G/Orange* (Europäische Kommission) im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten bereits freigegeben (die Europäische Kommission mit Auflagen) hatten.

Im Lichte all dieser Kriterien waren aber auch die mutmaßlichen Erfolgsaussichten eines allfälligen Rechtsmittels zu beurteilen und - in Zusammenhang damit - eine jedenfalls verlängerte Verfahrensdauer. Die ständige höchstgerichtliche Judikatur in solchen Fusionskontrollverfahren, die im Wesentlichen auf einem vom KG eingeholten Sachverständigengutachten aufbauen, ist sehr restriktiv. Viele Aspekte eines derartigen Gutachtens werden in ständiger Rechtsprechung als Fragen der vom KG vorgenommenen Beweiswürdigung gesehen, die vor dem OGH als Kartellobergericht (KOG) nicht bekämpfbar sind.

Nicht zuletzt hätte eine Rekurerhebung wohl auch eine deutliche Verzögerung für die Versteigerung der für den LTE-Ausbau benötigten Frequenzen bedeutet.

Sollte es entgegen den Erwartungen der Sachverständigen zu Preiserhöhungen deutlich über die von ihr angenommene Schwelle kommen, so würde dies einer neuerlichen kritischen Prüfung zu unterziehen sein.

3.3. The Hearst Corporation; Fitch Group Inc.⁶

Am 8.2.2012 wurde der Erwerb von weiteren 10 % der Anteile an der amerikanischen Ratingagentur *Fitch Group Inc.* (*Fitch*) durch die weltgrößte amerikanische Mediengruppe *The Hearst Corporation* (*Hearst*) von *Fimalac SA* (Frankreich) als Zusammenschluss angemeldet, wodurch *Hearst* einen Beteiligungsgrad von 50 % an und gemeinsame Kontrolle über *Fitch Group Inc.* erwarb.

Der Zusammenschluss wurde insbesondere auch als Medienezusammenschluss angemeldet, da einerseits *Hearst* ein geradezu typisches Medienunternehmen (zahlreiche Fernseh- und Radiostationen, verschiedenste Magazine und Verlage) darstellt, andererseits Ratingagenturen – vor allem wohl um eine Haftung wegen unzutreffender Ratings einzuschränken – sich als Medienunternehmen verstehen und sich auf die Pressefreiheit berufen⁷. Daneben bestehen weitere Beteiligungen von *Fimalac* im Medienbereich.

Im Rahmen dieses Zusammenschlussverfahrens wurde der Markt für Leistungen von Ratingagenturen näher untersucht. Im Markt für Dienstleistungen von Ratingagenturen haben die „Großen Drei“ (*Moody's*, *Standard & Poor's*, *Fitch*) deutlich mehr als 80 % Marktanteil, wobei *Fitch* unter den großen die kleinste Ratingagentur ist. Die europäische Regulierungsbehörde ESMA nennt zwar weitere in Europa zugelassene Ratingagenturen⁸, jedoch konnten sich diese trotz entsprechender Qualität⁹ noch nicht entsprechend etablieren. Die gesetzliche Vermutung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung iSd § 4 Abs 2 Z 3 KartG wäre jedenfalls erfüllt. Ein Dokument der Europäischen Kommission analysierte bereits Wettbewerbsprobleme¹⁰ in diesem Sektor.

Die Gewinnmargen der Rating-Agenturen betragen in der Vergangenheit laut Europäischer Kommission zwischen 39 % bis 46 %¹¹.

In der Vergangenheit haben die „Großen Drei“ wiederholt kleine Rating-Agenturen in unterschiedlichsten europäischen Jurisdiktionen aufgekauft¹²; die meisten dieser Zusammenschlüsse unterlagen aufgrund der Umsätze der Zielunternehmen nicht der Fusionskontrolle.

⁶ KG 29.03.2012, 25 Kt 13/12; BWB/Z- 646/2

⁷ „The CRAs have successfully won dismissal of investor lawsuits, claiming that they are in the financial publishing business and their opinions are protected under the First Amendment.“
United States Senate; permanent subcommittee on investigations, 2011, WALL STREET AND THE FINANCIAL CRISIS: STAFF REPORT („Lavin Report“), Seite 249
http://www.hsgac.senate.gov/public/files/Financial_Crisis/FinancialCrisisReport.pdf (abgefragt am 4.1.2013)

⁸ <http://www.esma.europa.eu/page/List-registered-and-certified-CRAs> (abgefragt am 4.1.2013)

⁹ Auf der Homepage der Regulierungsbehörde ESMA ist es nunmehr möglich, in einer Datenbank die Anzahl der Ratings und die Anzahl der letztendlich nicht mehr zahlungsfähigen Finanzkonstruktionen nach zunächst abgegebener Bewertung, also der Qualität der Ratings, abzufragen.
<http://cerp.esma.europa.eu/cerp-web/statistics/transitionMatrice.xhtml> (abgefragt am 4.1.2013)

¹⁰ Siehe Europäische Kommission 15.11.2011, SEC(2011) 1354 final „IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies“, („IMPACT ASSESSMENT“) Seite 140 ff

¹¹ Siehe Europäische Kommission 15.11.2011, SEC(2011) 1354 final „IMPACT ASSESSMENT“, Seite 112

¹² Siehe Europäische Kommission 15.11.2011, SEC(2011) 1354 final „IMPACT ASSESSMENT“, Seite 107

Moody's und *Standard & Poor's* werden zu einem nicht unbeachtlichen Teil von denselben Investoren gehalten¹³, die ihrerseits wiederum durch Minderheitsbeteiligungen untereinander verbunden sind.

Im Prüfungsantrag des BKA_{nw} wurde aufgrund verschiedener Unterlagen von der Annahme ausgegangen, dass *Hearst* ebenso wie die Hauptaktionäre der *Standard & Poor's*-, „Mutter“ *McGraw-Hill* und *Moody's* teilweise idente Finanzinvestoren seien, was aus der Sicht des BKA_{nw} zwangsläufig zu einer Angleichung der Interessen (und damit verbunden zu einer Abschwächung des Wettbewerbs) geführt hätte.

Die Antragsgegner konnten jedoch nachweisen, dass nach dem Erwerb aller Anteile an *Hearst Argyle* durch *Hearst* im Juni 2009 nunmehr die Aktionäre von *Standard & Poor's* und *Moody's* keine Anteile mehr an Unternehmen des *Hearst*-Konzerns besitzen, vielmehr *Hearst* ausschließlich durch eine eigene Familienstiftung gehalten wird. Ebenso wies die Zusammenschlusswerberin darauf hin, dass eine Verbindung mit einem anderen Investor aufgrund einer Personenidentität zwischenzeitlich aufgelöst worden war.

Daraufhin wurde der Prüfungsantrag zurückgezogen.

3.4. Heinz Hermann Thiele; Vossloh AG¹⁴

Am 22.11.2011 wurde der Erwerb von mehr als 25% des stimmberechtigten Kapitals am deutschen Schienenfahrzeughersteller *Vossloh Aktiengesellschaft (Vossloh)* durch *Heinz Hermann Thiele*, Aufsichtsratsvorsitzender und Mehrheitseigentümer der ebenfalls auf Schienen und Straßenfahrzeuge spezialisierten *Knorr Bremse AG (Knorr)*, als Zusammenschluss angemeldet.

Knorr, ein weltweit tätiger Konzern mit Sitz in München, weist einen globalen Umsatz von 3,7 Mrd € aus. Im Bereich Schienenverkehr hält *Knorr* bei einzelnen Komponenten (insbesondere bei Bremssystemen, bei Türen und Klimaanlage) sehr starke Marktpositionen. Gleichzeitig betreibt *Knorr* eine intensive Akquisitionspolitik: Alleine im Jahr 2009 wurden fünf Unternehmen im Wesentlichen zur Stärkung der Kernkompetenzen erworben. Schon zum Zeitpunkt der Anmeldung hielt *Thiele* mittelbar und unmittelbar 19,5 % Prozent an *Vossloh* und versuchte, mit dem Zusammenschluss seine Beteiligung im Rahmen einer sogenannten „feindlichen Übernahme“ auf über 25 % aufzustocken.

Vossloh ist Muttergesellschaft eines weltweit tätigen Konzerns, der sich in zwei Geschäftsbereiche, nämlich *Schieneninfrastruktur* (unter anderem mit einem weltweit führenden Befestigungssystem für Schienen) und den Geschäftsbereich *Schienenfahrzeuge*, gliedert.

Im Geschäftsbereich *Schienenfahrzeuge* produziert *Vossloh* Diesellokomotiven, Nahverkehrszüge, Straßenbahnen und Drehgestelle. *Vossloh Electrical Services* produziert elektrische Schlüsselkomponenten für Nahverkehrszüge und Lokomotiven.

Grund für die Stellung des Prüfungsantrages war insbesondere eine horizontale Marktanteilsaddition auf den europaweiten Märkten für Schienenfahrzeug-Klimaanlagen. Darüber hinaus sind beide Unternehmen in der Produktion von Bremssystemen für

¹³ Siehe Europäische Kommission 15.11.2011, SEC(2011) 1354 final „IMPACT ASSESSMENT“, Seite 114 f

¹⁴ KG 17.04.2012, 24 Kt 84,85/11; BWB/Z-1588

Schienenfahrzeugen (*Knorr*) bzw. bestimmten Komponenten dafür (*Vossloh*) tätig, wobei *Knorr* mit einem sehr hohen Marktanteil die Vermutungsschwelle einer marktbeherrschenden Stellung überaus deutlich überschreitet. Ebenso kommt es zu einer Marktanteilsaddition bei Türsystemen bzw. deren Steuerungen.

Daneben wurde die mögliche Übertragung der marktbeherrschenden Stellung von *Knorr* in den Bereichen Bremssysteme, Türsysteme und auch Klimaanlage durch Bündelung auf andere Bereiche thematisiert.

Das Gutachten des kartellgerichtlich bestellten Sachverständigen ging davon aus, dass durch das angemeldete Zusammenschlussvorhaben *Thiele* keine gemeinsame Kontrolle über *Vossloh* erwerben und *Thiele* jedenfalls keine strategischen oder operativen Geschäftsentscheidungen beherrschen wird. Ein weiterer Kontrollerwerb wäre nochmals anmeldepflichtig. Ohne den Erwerb von zumindest gemeinsamer Kontrolle würde *Thiele* der Ansicht des Gutachters nach von einer Bündelung von Produkten mit *Vossloh* nur sehr begrenzt profitieren. Eine Bündelung von *Vossloh*-Produkten mit *Thiele*-Produkten wäre ebenso nicht durchsetzbar, weshalb eine Bündelungsstrategie nicht anzunehmen sei. Deshalb sei nicht zu erwarten, dass durch die geplante Transaktion eine marktbeherrschende Stellung auf einem der relevanten Märkte entstehen oder verstärkt werde.

In Hinblick auf dieses Ergebnis des Sachverständigengutachtens wurde der Prüfungsantrag am 17.4.2012 zurückgezogen.

3.5. Hörmann Beteiligungs GesmbH; Domoferm-Gruppe¹⁵

Am 21.2.2012 wurde der beabsichtigte Erwerb der *Domoferm*-Gruppe durch die *Hörmann*-Gruppe als Zusammenschluss angemeldet. Beide Unternehmensgruppen erzeugen Türen und Türrahmen („Zargen“) aus unterschiedlichen Materialien. Mehrere Wettbewerber und Kunden der betroffenen Unternehmen äußerten sich gegenüber BWB und BKAAnw kritisch zu der geplanten Übernahme. Aus diesen Äußerungen ging hervor, dass die von den Zusammenschlusswerbern in der Anmeldung vorgenommene sachliche Marktabgrenzung offenbar unzutreffend war und der beabsichtigte Zusammenschluss auf deutlich enger definierten Märkten zu Marktanteilen von deutlich mehr als 50 % geführt hätte. Erste Markterhebungen bestätigten diese Einschätzungen. Am 13.3.2012 wurde die Zusammenschlussanmeldung zurückgezogen.

Im Sommer 2012 wurde die *Domoferm*-Gruppe anschließend von einer österreichischen Investorengruppe¹⁶ erworben; wobei dieser Erwerb keinerlei Anlass zu wettbewerblichen Bedenken gab.

¹⁵ BWB/Z-1654

¹⁶ BWB/Z-1758

4. Kartell- und Marktmachtmissbrauchsverfahren

4.1. Auswahl wichtiger, unter Beteiligung des BKAⁿw erfolgter kartellobergerichtlicher Entscheidungen des Jahres 2012

4.1.1. Behaupteter Marktmachtmissbrauch Firmenbuchdatenbank¹⁷

Das von *Compass* eingeleitete Marktmachtmissbrauchs-Verfahren gegen die *Republik Österreich (Bund)* als Betreiberin der Firmenbuchdatenbank wurde bereits im letztjährigen Tätigkeitsbericht erwähnt. Zur Erinnerung:

Compass bzw ihre Rechtsvorgänger verfügen seit über 130 Jahren über umfangreiche Sammlungen von Firmeninformationen. 1999 erteilte der *Bund* ua *Compass* den Zuschlag für die Errichtung von Verrechnungsstellen für die kostenpflichtige Vermittlung von Firmenbuchdaten. Diese Unternehmen stellen als Service-Provider im Internet die Verbindung zwischen dem Firmenbuch und dem Kunden her, erkennen beim Informationstransport die Gebühren und heben diese als Verrechnungsstelle ein. Den Verrechnungsstellen ist es verboten, eigene Sammlungen über die Daten anzulegen und/oder die Daten im Internet oder anderswo entgeltlich oder unentgeltlich anzubieten, den Inhalt oder die Darstellung der transportierten Informationen zu ändern oder um Werbung zu erweitern. Auch den Kunden der Verrechnungsstellen sind Verwertungshandlungen verboten, die das dem *Bund* in Bezug auf die Firmenbuchdatenbank zustehende urheberrechtliche Schutzrecht sui generis verletzen.

Nach Ansicht von *Compass* sei das Führen des Registers eine hoheitliche Tätigkeit, was aber auf das Herstellen und die Abgabe unbeglaubigter Kopien nicht zutrefte. Der *Bund* sei daher beim entgeltlichen Vertrieb von Firmenbuchdaten Unternehmer und missbrauche aufgrund seiner alleinigen Verfügungsberechtigung über die Firmenbuchdaten seine marktbeherrschende Stellung dadurch, dass er das Entgelt für die Firmenbuchabfragen nicht an den Bestimmungen des „Bundesgesetzes über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen“ ausrichte. Die vom EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art 102 AEUV und der „Essential-Facilities-Doktrin“ geforderten Voraussetzungen für die Erteilung einer Zwangslizenz lägen vor.

Im Wesentlichen begehrte *Compass* daher, dem *Bund* aufzutragen,

- es zu unterlassen, tagesaktuelle Dokumente aus dem Firmenbuch beinhaltend die gesamten Firmenbuchauszüge jener Firmen, bei denen sich am Tag vor der Zurverfügungstellung im Firmenbuch des *Bundes* Eintragungen oder Löschungen ereigneten, zu unangemessenem Entgelt zur Verfügung zu stellen;
- *Compass* tagesaktuelle Dokumente aus dem Firmenbuch beinhaltend die gesamten Firmenbuchauszüge jener Firmen, bei denen sich am Tag vor der Zurverfügungstellung im Firmenbuch der Antragstellerinnen Eintragungen oder Löschungen ereigneten, gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung zu stellen, in eventu *Compass* gegen angemessenes Entgelt eine Lizenz zur Nutzung der tagesaktuellen Dokumente aus dem Firmenbuch, einzuräumen.

¹⁷ EuGH 12.7.2012, Rechtssache C-138/11 - *Compass-Datenbank* / OGH als KOG 11.10.2012, 16 Ok 4/12

Das KG wies den Abstellungsantrag sowie den Antrag auf Zurverfügungstellung der Firmenbuchauszüge gegen angemessenes bzw. den Bestimmungen des „Bundesgesetzes über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen“ entsprechendes Entgelt zurück und den Eventualantrag auf Einräumung einer Lizenz ab¹⁸. Dagegen erhob *Compass* Rekurs an das KOG.

Dieses entschied, dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen¹⁹:

Der EuGH²⁰ beantwortete das Vorabentscheidungsersuchen dahingehend, dass ein Hoheitsträger, wenn er die von Unternehmen aufgrund von gesetzlichen Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank speichere und interessierten Personen Einsicht gewähre und/oder Ausdrücke herstellen lasse, nicht wirtschaftlich tätig werde und infolgedessen im Rahmen dieser Tätigkeit nicht als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsvorschriften des Unionsrechts anzusehen sei.

Dass diese Gewährung von Einsicht und/oder Herstellung von Ausdrücken gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar oder mittelbar von der betreffenden Einheit bestimmtes Entgelt erfolge, könne an der rechtlichen Einstufung dieser Tätigkeit nichts ändern. Auch soweit ein solcher Hoheitsträger unter Berufung auf das Schutzrecht *sui generis*, das ihm als Hersteller der betreffenden Datenbank nach der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken gewährt werde, oder auf ein anderes Recht des geistigen Eigentums darüber hinausgehende Handlungen zur Verwertung der in dieser Weise erfassten und offengelegten Daten untersage, übe er keine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sei daher im Rahmen dieser Tätigkeit nicht als Unternehmen anzusehen.

Da eine Vorabentscheidung des EuGH bindende Wirkung für das österreichische Ausgangsverfahren entfaltet, entschied das KOG²¹ folglich, dass die von *Compass* beanstandeten Handlungen des *Bundes* keine unternehmerische Tätigkeit darstellen, weshalb es dem Tatbestandsmerkmal einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit fehlt. Dies führte zur Abweisung des Begehrens als unbegründet, weshalb dem Rekurs von *Compass* nicht Folge gegeben wurde.

5. Verbraucherbehörden-Kooperation

Ein weiterer wesentlicher Teil der Tätigkeit des BKAⁿw bestand auch im Jahr 2012 in Zusammenhang mit der europäischen Verbraucherbehörden-Kooperation.

5.1. Der BKAⁿw stellte im Jahr 2012 fünf neue Durchsetzungsersuchen, die sich auf verschiedene Verstöße gegen europäisches Verbraucherrecht bei elektronischen Dienstleistungen (insbesondere Online-Spiele) bezogen. In drei Fällen wurde in den entsprechenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ zwar jeweils eine Adresse in Luxemburg angegeben, der tatsächliche Haupt-Unternehmenssitz (Konzernsitz) der dahinterstehenden Gesellschaften (mit sehr hohem, in einem Fall deutlich über 100 Mio Euro liegenden Umsatz) war jedoch in anderen Mitgliedstaaten gelegen.

¹⁸ KG 8.3.2010, 25 Kt 30/09

¹⁹ OGH als KOG 28.2.2011, 16 Ok 4/10 (siehe Tätigkeitsbericht 2011)

²⁰ EuGH 12.7.2012, Rechtssache C-138/11 - *Compass-Datenbank*

²¹ OGH als KOG 11.10.2012, 16 Ok 4/12

Die zuständige mitgliedstaatliche Verbraucherbehörde eines derartigen Konzernsitzes bestritt zunächst ihre Zuständigkeit. Der BKA_{nw} argumentierte, dass als Ausgangsstaat im Sinne der VO (EG) 2004/2006²² ein Staat dann gilt, wenn

- die Handlung oder Unterlassung dort ihren Ursprung hat oder
- der verantwortliche Verkäufer oder Dienstleistungserbringer dort niedergelassen ist
- oder Beweismittel oder Vermögensgegenstände betreffend die Handlung oder Unterlassung dort vorhanden sind.

Da der Konzernsitz des Unternehmens, der physische Sitz des Servers und der Wohnsitz der Geschäftsführer des Luxemburger Unternehmens im Hauptsitz-Land waren, gab es nach Ansicht des BKA_{nw} gar keine Zweifel an der Zuständigkeit der Behörde des Hauptsitz-Landes. Zum Zeitpunkt der Berichtserstellung ist jedoch die Frage der Zuständigkeit nicht abschließend geklärt und damit das Verfahren noch anhängig.

5.2. Hinsichtlich eines vom BKA_{nw} im Jahr 2011 im Zusammenhang mit Werbefahrten gestellten Durchsetzungsersuchens gegenüber der deutschen Verbraucherbehörde erging im Jahr 2012 ein Unterlassungsurteil eines deutschen Gerichtes gegenüber einem betroffenen Werbefahrten-Unternehmen sowie dessen Geschäftsführer. Das Unternehmen meldete allerdings kurze Zeit später Insolvenz an. Nach dem Erlass des Urteils wurde mindestens ein weiterer Verstoß (Nichtrückzahlung des Entgelts trotz rechtswirksamen Rücktritts) festgestellt. Zum Zeitpunkt des Berichts wird von den deutschen Verbraucherbehörden die Möglichkeit der Beantragung der Verhängung eines Ordnungsgeldes über den Geschäftsführer geprüft.

5.3. An den BKA_{nw} wurden 2012 zwei Durchsetzungsersuchen und ein Informationsersuchen aus anderen Mitgliedstaaten (Tschechien, Deutschland, Großbritannien) gerichtet. Bei einem der Durchsetzungsersuchen konnte innerhalb eines Monats der inkriminierte Verstoß gelöst werden. Auch das Informationsersuchen konnte innerhalb dieser Frist eingehend beantwortet werden. Im dritten Fall lag keine Zuständigkeit des BKA_{nw} vor.

²² EG-Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz Nr 2006/2004 (ABI 2004 L 364/1)