Republik Österreich
Bundeskartellanwalt

Tätigkeitsbericht 2011

Alfred Mair / Gustav Stifter

1. Überblick

Beim Bundeskartellanwalt (*BKAnw*) sind im Jahr 2011 insgesamt 427 (2010: 336) neue Verfahren angefallen. Ein Schwerpunkt lag – wie in den Vorjahren - in der Fusionskontrolle: Bei 281 (2010: 235) Zusammenschlussanmeldungen wurde in vier Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das KG beantragt, zwei Verfahren konnten nach intensiven Gesprächen über Auflagen in der ersten Phase erledigt werden. In 47 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 2011 wurden an den BKAnw 34 Anfragen (2010: 20) beziehungsweise Beschwerden gerichtet, die auch entsprechend behandelt wurden. Als sehr arbeitsaufwändig erwiesen sich wiederum im Rahmen der Verbraucherbehördenkooperation verschiedene Durchsetzungsersuchen, beispielsweise zu Werbefahrten, bei denen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen Reisen oder Gesundheitsprodukte verkauft werden.

Nachstehend sollen einige wichtige, vom *BKAnw* initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt werden.

2. Geldbußenverfahren

2.1. *BKAnw / Private Equity Unternehmen*[1] (Nichteinhaltung von Auflagen)

Ein Private-Equity-Unternehmen, bereits Eigentümer eines Fahrzeugherstellers, hatte im Jahr 2008 die Übernahme eines weiteren im selben Markt tätigen Fahrzeugherstellers mittels eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss angemeldet. Der *BKAnw* hatte – ebenso wie auch die *Bundeswettbewerbsbehörde* (*BWB*) - hiezu einen Prüfungsantrag gestellt. In weiterer Folge hatte das Private-Equity-Unternehmen eine Verpflichtungszusage gegenüber den Amtsparteien abgegeben, die – kurz zusammengefasst - durch Ernennung eines Generalimporteurs als unabhängigen zusätzlichen Anbieter und durch Bewerbung und Verkauf einer Modellversion mit einem unverbindlich empfohlenen Preis unter einem bestimmten Höchstpreis die Auswirkungen der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung abschwächen sollte. Am selben Tag hatten die Amtsparteien unter Hinweis und Vorlage dieser Verpflichtungszusage ihren Prüfungsantrag zurückgezogen.

---

[1] KG 24.03.2011, 24 Kt 3,4/11

Allerdings wurde die Auflage in mehrfacher Hinsicht nicht korrekt umgesetzt, der Zusammenschluss folglich rechtlich gesehen in verbotener Weise durchgeführt. Der *BKAnw* beantragte somit – in enger Abstimmung mit der *BWB* - am 16.2.2011 die Verhängung einer Geldbuße wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses in Höhe von Euro 200.000.-.

Mit Beschluss vom 24.3.2011 verhängte das Kartellgericht eine Geldbuße in beantragter Höhe.

Gleichzeitig modifizierten die Antragsgegner ihre ursprüngliche Verpflichtungszusage, sodass die bezweckte Abschwächung der marktbeherrschenden Stellung auch in weiterer Folge gewährleistet ist.

2.2. *BKAnw* / regionale Nahrungsmittelproduzenten (Verstoß gegen das Durchführungsverbot)[2]

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. Ein deutscher Nahrungsmittelkonzern hält 49% der Anteile am österreichischen Erwerber, weshalb kartellrechtlich gesehen der Umsatz der deutschen Konzernmutter jedenfalls zu berücksichtigen ist. Da der in Österreich anmeldebedürftige Zusammenschluss aber nicht nur nicht angemeldet wurde, sondern zwischenzeitig sogar verschiedenste Durchführungshandlungen gesetzt wurden, handelt es sich jedenfalls um die Durchführung eines nicht genehmigten Zusammenschlusses. Die Amtspartei *BKAnw* stellte folglich einen Antrag auf Feststellung der verbotenen Durchführung des Zusammenschlusses sowie Verhängung einer Geldbuße wegen Durchführung eines nicht angemeldeten, aber anmeldepflichtigen Zusammenschlusses (§ 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 KartG).

Das Geldbußenverfahren ist zum Berichtszeitpunkt noch anhängig, die Zusammenschlussanmeldung wurde zwischenzeitlich nachgereicht.

3. Zusammenschlusskontrolle

3.1. *Berglandmilch/ Tirol Milch*[3] (Genehmigung in Phase II mit Auflagen)

Ende 2010 wurde auch vom *BKAnw* die Prüfung der Einbringung der Molkerei *Tirol Milch reg.Gen.m.b.H* ("*Tirol Milch*") in die größte Molkereikette Österreichs, die *Berglandmilch eGen.* („*Berglandmilch*") beim Kartellgericht beantragt. Das eigentliche Verfahren wurde im Jahr 2011 durchgeführt.

Wie auch im Verfahren *Berglandmilch/Landfrisch*[4] lag das Hauptaugenmerk des *BKAnw* auf dem Markt für die Erfassung von Rohmilch.

---

[2] 29 Kt 68,69/11; Verfahren im Berichtszeitpunkt noch anhängig

[3] BWB/Z-1314/2;KG 03.02.2011, 29 Kt 42,43/10

[4] BWB/Z-993 - *Landfrisch Molkerei registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung; Berglandmilch registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* ; siehe den auch Jahresbericht des *BKAnw* 2009

Ginge man von einem gesamtösterreichischen Erfassungsmarkt aus, so stiege der Marktanteil der Zusammenschlusswerber bei Rohmilch von rund 30% auf knapp unter 40%. Zur Erfassung von Wettbewerbsproblemen auf lokaler Ebene stellte der *BKAnw* ein Informations-Amtshilfeersuchen an die *Agrarmarkt Austria* (*AMA*). Während in den meisten Bezirken den Milchbauern ein oder maximal zwei Abnehmer gegenüberstehen, gibt es einzelne Bezirke, in denen tatsächlich Milchproduzenten zwischen sechs bis acht Molkereien und Liefergemeinschaften wählen können. Letztendlich käme es bei einem Erfassungsradius von etwa 150 bis 200 km für milcherfassende Betriebe aufgrund der Standorte Feldkirchen und Klagenfurt (*Berglandmilch*) und Wörgl (*Tirol Milch*) zu erheblichen Marktüberschneidungen. Als Markteintritts- bzw. Austrittsbarriere wurde das Verhalten von *Berglandmich* gewertet, Rohmilch nahezu ausschließlich von Genossenschaftsmitgliedern zu beziehen.

Deshalb wurde in zahlreichen Gesprächsrunden mit den Zusammenschlusswerbern die wettbewerblichen Probleme diskutiert und ein umfassendes Auflagenpaket verhandelt. Im Rahmen einer Tagsatzung fasste das Kartellgericht den Beschluss, dass der Zusammenschluss unter der Vorraussetzung der Erfüllung verschiedener Auflagen[5] nicht untersagt werde.

Hinsichtlich des Rohmilchmarktes umfasst das Paket die Abnahme von 20 Mio kg Rohmilch von (nicht mit den Zusammenschlusswerbern verbundenen) Tiroler Milchbauern und 12,6 Mio Rohmilch von oberösterreichschen Milchbauern (davon jeweils rund 10% Bio-Rohmilch) zu bestimmten indexierten Preisen. Für etwaige Streitfälle wurde die *Landes-Landwirtschaftskammer* als Schiedsgericht nominiert. Dieses Auflagenpaket gilt für sechs Jahre, wobei zweifach die Wirksamkeit und 2014 auch die Notwendigkeit des Auflagenpakets evaluiert werden wird. Verschiedene Marktteilnehmer bestätigten zwischenzeitig im Rahmen eines „Market-Tests“ die ihrer Ansicht gegebene Wirksamkeit der Auflagen.

3.2. *Berglandmilch / Stainzer Milch*[6] (Genehmigung in Phase I mit Auflage)

Mit der bis dato umfangreichsten Auflage wurde der Zusammenschluss der größten österreichischen Molkerei *Berglandmilch* mit der *Stainzer Milch* in der ersten Phase genehmigt. Einige Monate nach Genehmigung des Zusammenschlusses *Berglandmilch/Tirol Milch* wurden die Amtsparteien über ein weiteres Zusammenschlussvorhaben der *Berglandmilch*, die Verschmelzung mit der *Stainzer Milch* informiert. *Stainzer Milch* war, gemessen am Umsatz und erfasster Rohmilchmenge, deutlich kleiner als *Tirol Milch* und jedenfalls nicht unter den Top-10-Molkereien in Österreich. Trotz des relativ geringen Umsatzes hat *Stainzer Milch* – speziell in verschiedenen Gegenden in der Steiermark - durch einen sehr gut eingeführten Markennamen große Bedeutung. Jedoch wurde von den Zusammenschlusswerbern teilweise mit Recht vorgebracht, dass jene Märkte, auf denen Lebensmitteleinzelhandel bzw. Lebensmittelindustrie und Molkereien aufeinander treffen, grundsätzlich überregional wären. Auch war die auf vielen Märkten bedeutende Marktstellung der *Berglandmilch* wettbewerblich zu würdigen. Von den Zusammenschlusswerbern wurde auch eine angespannte finanzielle Situation des

---

[5] Siehe http://www.bwb.gv.at/zusammenschluesse/zusammenschluesse_2010/documents/auflagenzusammenschlussberglandmilch.pdf

[6] BWB/Z-1511

Zielunternehmens behauptet. Im Anschluss an eine Auswertung von Auskunftsverlangen der *BWB*, die in enger Zusammenarbeit mit dem *BKAnw* erstellt wurden, gab es umfangreiche Gespräche der Amtsparteien mit den Zusammenschlusswerbern über Auflagen. Letztendlich wurde von den Zusammenschlusswerbern eine sehr umfassende Auflage angeboten, die unter anderem eine Abnahme von bis zu 3,3 Mio kg Rohmilch für Nicht-Genossenschaftsmitgliedern, eine Überprüfung der Abnahmemöglichkeit für Biobauern, der Verkauf nahezu der gesamten Erfassungsmenge der *Stainzer Milch* (30 Mio kg Milch) zum Einstandspreis an Dritte umfasste.[7]

Faktum – auch öffentlich kommuniziert - ist, dass mit jedem bisherigen Erwerb durch *Berglandmilch* die wettbewerblichen Bedenken und die Auflagen weitergehend wurden. Auf dem relevanten regionalen oder bestenfalls österreichweiten Märkten überragt der Marktanteil der *Berglandmilch* beispielsweise jenen der größten deutschen Molkerei auf deren Märkten bereits deutlich. Dem entsprechend müsste ein allfälliger weiterer Erwerb eines milchverarbeitenden Betriebes voraussichtlich auch hinsichtlich seiner wettbewerblichen Auswirkungen einer äußerst genauen Prüfung unterzogen werden.

3.3. *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG/Niederösterreichische Gratismedien GmbH (NÖ Gratiswochenzeitung)*[8]

Am 22.2.2011 wurde der Erwerb einer (gemeinsam kontrollierenden) Beteiligung von 30% am Stammkapital der *Niederösterreichischen Gratismedien GmbH* („*NÖ-Gratismedien*“), einer Tochter des *Niederösterreichisches Pressehaus Druck- und Verlagsgesellschaft m.b.H.* („*NÖ-Pressehaus*“), durch *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Wien (Mediaprint)* als Zusammenschluss angemeldet.

Obwohl das Gemeinschaftsunternehmen selbst aufgrund des relativ überschaubaren Umsatzes von begrenzter wettbewerblicher Bedeutung war, zog jedoch die Eigentümerstruktur der „Mütter“ die Aufmerksamkeit der Amtsparteien auf diesen Fall.

Mediaprint ist mit ihren direkten „Müttern“ *Krone* und *Kurier*, – nach dem *ORF* – das größte Medienunternehmen Österreichs. *Mediaprint* wird von *Krone* (70%; GmbH 50%) und *Kurier* (30%; GmbH 50%) gehalten. Die *Krone* wiederum wird laut Firmenbuch von (dem 2011 verstorbenen) *Hans Dichand* sowie einer Tochtergesellschaft der *WAZ* kontrolliert, *Kurier* durch die *WAZ-Gruppe* sowie die *Raiffeisen Holding NÖ-Wien-Gruppe* (27 Mrd Euro Umsatz im Nichtbankenbereich). *Kurier* hält zusammen mit der *News Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG (Gruner und Jahr [Bertelsmann]* und *Fellner*) über die *News Beteiligungs-Gesellschaft mbH* die *Verlagsgruppe News*. Die *Kronen-Zeitung* ist uA an Lokalradiogesellschaften beteiligt, auch hält sie mit den *Salzburger Nachrichten* ein Druck- und Logistikzentrum. *Mediaprint* gab bis 25. August 2010 die Gratiszeitung „*Bezirksjournal*“ in Wien und Niederösterreich heraus. Der Konzernumsatz der *WAZ-Gruppe* wies für das Jahr 2009 einen Gesamtumsatz von 1,291 Mio Euro aus.

NÖ-Pressehaus wird gemeinsam von der *Diözese St.Pölten*, dem *Pressverein der Diözese St.Pölten* und der *Raiffeisen-NÖ-W-Gruppe* kontrolliert. Wesentliche Produkte sind die

---

[7] Für Details siehe http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Documents/Verpflichtungszusagen%20-%20nicht-vertrauliche%20Fassung%2014_9_2011%20%20endredigiert%20mit%20BWB%20Logo.pdf

[8] BWB/Z-1382; KG 28.04.2011, 26 Kt 10,11/11 (Beendigung des Verfahrens infolge Rückziehung der Prüfungsanträge)

Niederösterreichischen Nachrichten (NÖN), eine alle fünf Wochen erscheinende kostenlose „Sondernummer“ der *NÖN*, die an alle Haushalte Niederösterreichs ergeht, sowie der *Residenz-Buchverlag*. Eine Tochter vom *NÖ-Pressehaus* ist die *NÖ-Gratismedien*, die den Titel „*Kurz und Bündig*“ (vormals „*Unser Niederösterreich*“) herausgibt.

Im Prüfungsantrag des *BKAnw* wurde zunächst auf die höchstgerichtliche Beurteilung im Verfahren *„Gratiswochenzeitungen“* Bezug genommen, die auf dem nationalen Anzeigenmarkt von einem bisherigen „monopolistischen Marktbeherrscher“ ausgegangen war[9]. Zumeist buchen nämlich Werbeagenturen zunächst eine Grundbelegung in der *Kronen-Zeitung*, mit der bereits rund 40% aller österreichischen Zeitungsleser erfasst werden. Bei Bedarf erfolgt eine regionale Verstärkung mit Hilfe von Regionalmedien.

Auf regionaler Ebene (=Bundesländer) und lokaler Ebene (=Bezirke) wurde im Prüfungsantrag auf eine sehr starke Stellung der „Mütter“, und zwar der *Kronen-Zeitung*[10] sowie der *NÖN,* hingewiesen. Sowohl der *Kurier* als auch die *Kronen-Zeitung* haben mehrere regionale Mutationen in Niederösterreich und Werbung kann im Medium des Gemeinschaftsunternehmens, „*Kurz und Bündig*“, nicht nur bezirksweise, sondern auch in größeren Einheiten geschalten werden.

Ein wesentlicher Punkt des Prüfungsantrages waren auch Überlegungen zur Medienvielfalt. Unter Medienvielfalt im Sinne des Kartellgesetzes wird sowohl die als „Titelvielfalt“ bezeichnete Vielfalt unabhängiger redaktioneller Berichterstattung als auch (kumulativ) eine „Vielfalt an Eigentümerstrukturen“ verstanden. Explizit reicht den Gesetzesmaterialien zufolge selbst eine Vielfalt an voneinander unabhängigen redaktionellen Inhalten nicht aus, es muss auch eine Vielfalt an Eigentümern sichergestellt sein. Es wurde daher eine Beschränkung der Vielfalt an Eigentümern befürchtet. Das Gratismedium der Mediaprint wurde in Niederösterreich einige Monate vor dem Zusammenschluss eingestellt, weshalb eine Beschränkung der Titelvielfalt nicht nachgewiesen werden konnte.

Nach Stellung der Prüfungsanträge der Amtsparteien wurde die Anmeldung zurückgezogen.

3.4. *Heinz Hermann Thiele / Vossloh AG*[11]

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

Dieser Zusammenschluss war zuvor weitgehend ident bereits am 6.10.2011 angemeldet und nach Stellung von Prüfungsanträgen der Amtsparteien zurückgezogen worden[12].

---

[9] OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 15/08 *Gratiswochenzeitungen* (Punkt 5.5.5.2. und Punkt 5.5.4.3)

[10] Sowohl *Kronen-Zeitung* als auch *Kurier* zielen mit verschiedenen Mutationen auch auf lokale Werbung ab. Die *Kronen-Zeitung* differenziert in vier Mutationen *„NÖ-Waldviertel“, „NÖ-Weinviertel“, „NÖ-West“* sowie *„NÖ-Wien-Umgebung“, Kurier* in die Mutationen *„NÖ-Mitte“, „NÖ-Mostviertel“, „NÖ-Süd“, „NÖ-Waldviertel“, „NÖ-Weinviertel“, „NÖ-West“* und *„NÖ-Wien/Umgebung*“. Darüber hinaus können Sonderwerbeformen der Zeitung wie Beilagen, Kleber (zB auf der Rückseite der Zeitung) und Memo-Sticker (=bedruckte „Post-It“ zB auf der Rückseite der Zeitung“) bezirksspezifisch gestreut werden.

[11] BWB/Z-1588/2; KG 24 Kt 84,85/11 (Verfahren noch anhängig)

[12] BWB/Z-1533/2; KG 3.11.2011, 24 Kt 65,66/11

Herr *Thiele* ist der Vorsitzende des Aufsichtsrates und beherrschende Gesellschafter von *Knorr. 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 Klimaanlagen) 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 Herr *Thiele* mittelbar und unmittelbar 19,5% Prozent an *Vossloh* und versucht, 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 dem Geschäftsbereich *Schienenfahrzeuge*, gliedert.

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

Gründe für die Stellung des Prüfungsantrages war eine horizontalen Marktanteilsaddition auf den europaweiten Märkten für Schienenfahrzeug-Klimaanlagen. Darüber hinaus sind beide Unternehmen in der Produktion von Bremssystemen für 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 ist die mögliche Übertragung der marktbeherrschenden Stellung von *Knorr* in den Bereichen Bremssysteme, Türsysteme und auch Klimaanlagen durch Bündelung auf andere Bereiche zu prüfen.

Das Verfahren ist noch anhängig.

3.5. Auswahl wichtiger, unter Beteiligung des *BKAnw* erfolgter kartellobergerichtlicher Entscheidungen des Jahres 2011

3.5.1. OGH als KOG 16.9.2011, 16 Ok 6/11 – Sachverständigen-USt

In einem vom *BKAnw* als Antragsteller initiierten Zusammenschlussverfahren wurde vom KG ein Sachverständiger mit Sitz in Deutschland bestellt, der in seiner Gebührennote an das KG einen Nettobetrag zuzüglich einen Betrag an 19-prozentiger deutscher Umsatzsteuer verzeichnete. Gegen den Zuspruch der begehrten Umsatzsteuer erhoben die Antragsgegner (AG) Einwendungen: Da das KG Auftraggeber und Empfänger der Sachverständigenleistung sei, hätte der Gutachter die Honorarnote netto ausstellen und einen Hinweis auf den Übergang der Steuerschuld auf den Leistungsempfänger aufnehmen müssen. Die 20-prozentige österreichische Umsatzsteuer habe das KG im Wege des „reverse charge system“ abzuführen.

Das KG bestimmte die Gebühren des Sachverständigen in Höhe des begehrten Nettobetrags und sprach aus, dass die auf diesen Nettogebührenbetrag entfallende 20-

prozentige österreichische Umsatzsteuer an das Finanzamts-Konto des OLG Wien unter Anführung von dessen Steuernummer zu überweisen sei.

Dem dagegen erhobenen Rekurs des Sachverständigen, der begehrte, die Sachverständigengebühr in Höhe des in der Gebührennote angesprochenen Bruttobetrags an ihn zu überweisen, gab das KOG ua deshalb nicht Folge, weil der Bund (das OLG Wien) als Leistungsempfänger auch Steuerschuldner ist und ihm deshalb auch die Abgabenmeldung beim zuständigen Finanzamt obliegt.

3.5.2 OGH als KOG 7.2.2011, 16 Ok 7/10 – Sachverständigen-Warnpflicht

Im Ausgangsverfahren, einer von beiden Amtsparteien beantragten vertieften Zusammenschlussprüfung, schätzte der gerichtlich bestellte Sachverständige seinen Gutachtensaufwand zuerst mit rund 200.000,- €, später mit 205.700,- €; nach Zurückziehung der Zusammenschlussanmeldung verzeichnete er allerdings einen Gesamtbetrag von 278.750,80 €.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestimmte der Vorsitzende des Kartellsenats die Gebühren des Sachverständigen entsprechend der Gebührennote mit 278.750,80 €.

Den dagegen erhobenen Rekursen der AG gab das KOG Folge, bestimmte die Gebühren mit 205.700.- € und wies das Mehrbegehren ab: Schon nach der Kostenschätzung des Sachverständigen habe sich gezeigt, dass die Gebühr weit mehr als die im Gesetz genannten Beträge beträgt. Der Sachverständige muss auch warnen, wenn sich zeigt, dass er die voraussichtliche Gebühr zu gering geschätzt hat. Andernfalls würde der Zweck der gesetzlichen Regelung nur unvollkommen erreicht. Er muss daher auch vor dem Überschreiten der eigenen Kostenschätzung - bei sonstigem Entfall seiner weiteren Gebühren- warnen, da die Warnpflicht des Sachverständigen schon nach § 25 Abs 1a GebAG begründet ist.

4. Kartell- und Marktmachtmissbrauchsverfahren

4.1. Vom *BKAnw* initiierte Verfahren

Die vom *BKAnw* initiierten bzw. mitinitiierten Verfahren waren zu Ende des Berichtszeitraumes weiterhin anhängig.

4.2. Auswahl wichtiger, unter Beteiligung des *BKAnw* erfolgter kartellobergerichtlicher Entscheidungen des Jahres 2011

4.2.1. OGH als KOG 28.2.2011, 16 Ok 4/10 – Vorabentscheidungsersuchen Firmenbuchdatenbank

Die Antragstellerin (ASt) bzw ihre Rechtsvorgänger verfügen seit über 130 Jahren über umfangreiche Sammlungen von Firmeninformationen. 1999 erteilte die Republik Österreich (AG) ua der ASt den Zuschlag für die Errichtung von Verrechnungsstellen für die kostenpflichtige Vermittlung von Firmenbuchdaten. Die 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 der AG in Bezug auf die Firmenbuchdatenbank zustehende urheberrechtliche Schutzrecht sui generis verletzen.

Nach Ansicht der ASt sei das Führen des Registers eine hoheitliche Tätigkeit, was aber auf das Herstellen und die Abgabe unbeglaubigter Kopien nicht zutreffe. Die AG sei daher beim entgeltlichen Vertrieb von Firmenbuchdaten Unternehmerin und missbrauche aufgrund ihrer alleinigen Verfügungsberechtigung über die Firmenbuchdaten ihre marktbeherrschende Stellung dadurch, dass sie 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.

Das KG wies die Anträge der ASt, nämlich 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 ab. Dagegen rekurrierte die AG, der *BKAnw* beantragte, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Das KOG beschloss, dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art 102 AEUV dahin auszulegen, dass ein Hoheitsträger unternehmerisch tätig wird, wenn er die von Unternehmen aufgrund von gesetzlichen Meldepflichten gemeldeten Daten in einer Datenbank (Firmenbuch) speichert und gegen Entgelt Einsicht gewährt und/oder Ausdrucke herstellen lässt, darüber hinausgehende Verwertungshandlungen aber untersagt?

Für den Fall von Verneinung von Frage 1:

2. Liegt unternehmerisches Handeln vor, wenn der Hoheitsträger unter Berufung auf sein Sui-generis-Schutzrecht als Datenbankhersteller Verwertungshandlungen untersagt, die über die Gewährung von Einsicht und die Erstellung von Ausdrucken hinausgehen?

Für den Fall von Bejahung von Frage 1 oder 2:

3. Ist Art 102 AEUV dahin auszulegen, dass die Grundsätze der Entscheidungen vom 6.4.1995, Rs C-241/91 und C-242/91, Magill TV Guide*, und Rs C-418/01,* I.M.S. Health*, („Essential-Facilities-Doktrin“) auch anzuwenden sind, wenn es keinen „vorgelagerten Markt“ gibt, weil die geschützten Daten im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit gesammelt und in einer Datenbank (Firmenbuch) gespeichert werden?*

4.2.2. OGH als KOG 9.11.2011, 16 Ok 5/11 – Hausdurchsuchung

Die *BWB* beantragte – nachdem ein Brauereiunternehmen im Zuge eines Auskunftsverlangens einen Antrag auf Zuerkennung des Kronzeugenstatus gemäß § 11 Abs 3 WettbG eingebracht hatte - die Anordnung von Hausdurchsuchungen in den Geschäftsräumlichkeiten und Fahrzeugen von betroffenen Brauereien. Im Zuge der Untersuchung des Biermarkts hätten sich Hinweise auf wettbewerbswidrige Absprachen zwischen Brauereien ergeben. So sei im Fachverband der Brauereien ein zumindest seit 1999 in Kraft stehender Boykottbeschluss über die Belieferung des Cash & Carry-Handels

mit Fassbier zum Zweck der Aufrechterhaltung eines den Flaschenbierpreis um bis zu 70 % übersteigenden Fassbierliterpreises gefasst und in der Folge mehrmals bekräftigt worden. Nach Zeugenaussagen hätten sich Brauereien gegenüber Cash & Carry-Händlern auf diesen Verbandsbeschluss berufen.

Das KG erließ mit dem angefochtenen Beschluss die Hausdurchsuchungsbefehle antragsgemäß, wogegen sich eine betroffene Brauerei mit Rekurs an das KOG wendete. Der *BKAnw* beantragte in seiner Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben. In seiner ua diesem Antrag folgenden Entscheidung setzte sich das KOG eingehend mit innerstaatlichen und unionsrechtlichen Grundsätzen der Hausdurchsuchung (Voraussetzungen für die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls, Begründetheit des Verdachts, Erforderlichkeit einer Hausdurchsuchung etc.) auseinander.

4.2.3. OGH als KOG 5.12.2011, 16 Ok 4/11 – Vorabentscheidungsersuchen Spediteure

Die *BWB* beantragte (I.) gemäß § 28 KartG festzustellen, dass verschiedene Speditionsunternehmen Art 101 AEUV und § 1 KartG 2005 bzw § 9 iVm § 18 KartG 1988 zuwidergehandelt haben und (II.) über die AG eine Geldbuße gemäß § 87 Abs 2 KartG 2005 iVm § 142 Z 1 lit a und lit d KartG 1988 bzw § 29 Z 1 lit a und lit d KartG 2005 zu verhängen.

Betroffen war der Markt für Speditionsdienstleistungen im Wege des Sammelladungsverkehrs (Stückgutverkehrs) innerhalb Österreichs. In diesem Teilbereich des Speditionsgeschäfts werden mehrere Sendungen (Stückgut) verschiedener Versender logistisch zu einer Sammelladung gebündelt und an die unterschiedlichen Bestimmungsorte verteilt.

Die AG waren Mitglieder der *Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz (SSK)*. Die *SSK* war eine in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierte Interessengemeinschaft eines Teils der ordentlichen Mitglieder des Zentralverbandes der Spediteure (ZV). Der als Verein organisierte ZV ist eine Interessenvertretung für Spediteure und Logistik-Dienstleister mit Speditionskonzession. Die *SSK* war im „Ressort Landverkehr national“ des ZV angesiedelt und besaß rund 40 Mitglieder, die speditionelle Dienstleistungen anboten. Die *SSK* entstand Mitte der 1990er Jahre. Ihr gingen die beiden im Kartellregister eingetragenen und als „Konferenzen“ bezeichneten Kartelle Autosammelladungskonferenz (ASK) und Bahnsammelladungskonferenz (BSK) voraus.

Anfang 1995 beantragte der ZV beim KG die Feststellung, dass die *SSK* ein Bagatellkartell iSd § 16 KartG 1988 sei und deshalb ohne Genehmigung durchgeführt werden könne. Im Antrag wurden die Gründung der *SSK*, der Abschluss der Rahmenübereinkunft, das Modell der zukünftigen gemeinsamen Tarifgestaltung sowie das Ausnahmekundensystem uneingeschränkt offengelegt. Mit Beschluss vom 2. 2. 1996 stellte das KG fest, dass die *SSK* ein Bagatellkartell iSd § 16 KartG 1988 sei. Der Beschluss erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Aus Sicht der Mitglieder der *SSK* stand nach der Klärung der Sach- und Rechtslage mit dem KG, dem Paritätischen Ausschuss und den damaligen Amtsparteien fest, dass die geplanten Aktivitäten der *SSK* nach Maßgabe der vorgelegten Rahmenübereinkunft vorbehaltlos umgesetzt werden können. Auch die beteiligten Rechtsanwälte haben dies bestätigt. Nach einer Besprechung mit dem Kartellbevollmächtigten hielt die in den verschiedenen Verfahren als Beraterin herangezogene Anwaltskanzlei in einem Schreiben vom 11. 3. 1996 jene

Punkte fest, die bei Durchführung der *SSK* als Bagatellkartell zu beachten seien. Auf die Frage, ob das Bagatellkartell mit Europäischem Kartellrecht vereinbar sei, geht das Schreiben nicht ausdrücklich ein. Sowohl die *SSK* als auch deren Tarifordnung einschließlich der Zuschläge waren den Kunden bekannt. In Medien- und Presseaussendungen wurde 1996, 1997 und 2003 immer wieder auf die Existenz der *SSK* und deren Tarifordnung Bezug genommen.

Am 11.10.2007 gab die Europäische Kommission bekannt, dass unangekündigte Nachprüfungen in den Geschäftsräumen verschiedener Anbieter von internationalen Speditionsdienstleistungen durchgeführt worden sind und die Kommission Grund zur Annahme habe, dass die betroffenen Unternehmen Bestimmungen des EG-Vertrags verletzt haben könnten, die wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken verbieten. Am 29. 11. 2007 fanden gemeinsame Besprechungen des *SSK*-Vorstands und des ZV-Präsidiums mit einem Vertreter der Anwaltskanzlei zum Thema der Anwendung österreichischen und Europäischen Kartellrechts auf die Zusammenarbeit in *SSK* und ZV statt. Damals wurden erstmals Bedenken zur Rechtmäßigkeit der *SSK* als Bagatellkartell geäußert; es bestehe das Risiko der Anwendbarkeit Europäischen Kartellrechts, weil die Feststellung, ob Vereinbarungen/Absprachen geeignet seien, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nicht einfach zu treffen sei. Um jedes Risiko zu vermeiden, wurde noch am selben Tag im *SSK*-Vorstand der einstimmige Beschluss zur sofortigen Auflösung der *SSK* gefasst.

Das KG wies mit dem von *BWB* und *BKAnw* angefochtenen Teilbeschluss die Anträge der ASt mit im Wesentlichen der Begründung ab, dass keine Geldbußen zu verhängen seien, weil seitens der AG kein Verschulden vorliege und ihm hinsichtlich des Feststellungsbegehrens keine Entscheidungskompetenz zukomme.

Die Europäische Kommission hat sich erstmals in einem österreichischen Kartellverfahren gemäß Art 15 Abs 3 VO 1/2003 mittels eines Schriftsatzes beteiligt.

Das KOG beschloss, dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Dürfen Verstöße eines Unternehmens gegen Art 101 AEUV mit einer Geldbuße geahndet werden, wenn das Unternehmen über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens geirrt hat und dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist?

Für den Fall der Verneinung von Frage 1:

1a) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen sich gemäß dem Rat eines im Wettbewerbsrecht erfahrenen Rechtsberaters verhalten und die Unrichtigkeit des Rates weder offensichtlich noch durch die dem Unternehmen zumutbare Überprüfung erkennbar war?

1b) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen auf die Richtigkeit der Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde vertraut hat, die das zu beurteilende Verhalten allein nach nationalem Wettbewerbsrecht geprüft und für zulässig befunden hat?

2. Sind die nationalen Wettbewerbsbehörden befugt festzustellen, dass ein Unternehmen an einem gegen Wettbewerbsrecht der Union verstoßenden Kartell beteiligt war, wenn über das Unternehmen keine Geldbuße zu verhängen ist, weil es die Anwendung der Kronzeugenregelung beantragt hat?

4.2.4 OGH als KOG 14.7.2011, 16 Ok 3/11 – Parteistellung Dritter

Im Ausgangsrechtsstreit begehrte die Antragstellerin (ASt), Medieninhaberin einer Tageszeitung, die teils in einer Verkaufsausgabe, teils in einer Gratisausgabe - unter anderem zur kostenlosen Entnahme in Verteilerboxen - vertrieben wird, die Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der AG, die unter anderem das U-Bahn-Netz in Wien betreibt und 85 U-Bahn-Stationen samt dazugehörigen Liegenschaften und Objekten besitzt. Die ASt steht mit der Gratisausgabe ihres Blattes in einem Wettbewerbsverhältnis zu der von der Einschreiterin vertriebenen Gratistageszeitung. Diese wird ebenfalls in Verteilerboxen zur freien Entnahme angeboten, dies aufgrund eines zwischen der Einschreiterin und der Antragsgegnerin im August 2004 geschlossenen Vertrags über die Gestattung der Aufstellung solcher Boxen in U-Bahn-Stationen.

Die Einschreiterin beantragte, sie dem – nach wie vor anhängigen - Verfahren als Partei beizuziehen, ihr sämtliche Schriftsätze zuzustellen und die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Die AG müsse, um einem allfälligen kartellrechtlichen Abstellungsauftrag zu entsprechen, der Einschreiterin eine größere Zahl von vertraglich zugeteilten Standorten entziehen, was einen Eingriff in die rechtlich geschützte Stellung der Einschreiterin darstelle und weshalb sie ex lege Partei des Verfahrens sei.

Neben der ASt und der *BWB* sprach sich auch der *BKAnw* gegen diesen Antrag aus.

Das KG wies den Antrag ab, das KOG gab dem Rekurs der Einschreiterin nicht Folge: Es sprach ua aus, dass das Kartellverfahren nicht den Zweck hat, dem Marktmachtmissbrauchsverbot widersprechende Verträge und die sich daraus ergebende Rechtsstellung der Vertragspartner zu schützen. Vielmehr kann ein solcher Verstoß Nichtigkeit eines Vertrags bzw Vertragsbestandteils begründen, mit dem das missbräuchliche Verhalten verwirklicht wird; Einschreiterin und AG sind auch keine einheitliche Streitpartei iSd § 14 ZPO.

5. Sonstiges

5.1 Schutz von „Kartell“-Kronzeugen im Strafverfahren (§209b StPO) [13]

Diese Bestimmung ist mit 1.1.2011 in Kraft getreten. Im abgelaufenen Jahr fand sie noch keine praktische Anwendung.

5.2 Kartellgesetz-Novelle 2012

Der *BKAnw* hat sich intensiv an der aus Ministerialvertretern und sonstigen „stakeholdern“ bestehenden Arbeitsgruppe zur Novellierung des KartG 2005 beteiligt. Die meisten der von

---

[13] BGBl I 108/2010
Mit dem „Strafrechtlichen Kompetenzpaket“ wurde neben allgemeinen Bestimmungen zu Kronzeugen im Strafverfahren auch der § 209b StPO für Mitarbeiter eines Kartell-Kronzeugen eingeführt. § 209b StPO bestimmt, dass die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter eines Unternehmens, das als „Kartell-Kronzeuge“ auftrat, einzustellen hat, wenn der BKAnw sie verständigt, dass es im Hinblick auf den Beitrag zur Aufklärung einer Zuwiderhandlung unverhältnismäßig wäre, die Mitarbeiter eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmen wegen einer durch eine solche Zuwiderhandlung begangenen Straftat zu verfolgen.

ihm in diesem Rahmen relevierten Vorschläge haben auch Eingang in den Begutachtungsentwurf[14] gefunden.

6. Verbraucherbehörden-Kooperation

Erheblicher Arbeitsaufwand floss auch im Jahr 2011 in die Verbraucherbehörden-Kooperation. Das Schwergewicht in der Verbraucherbehörden-Kooperation lag auch 2011 in der Bekämpfung von „Kaffeefahrten". „Kaffeefahrten" sind meist grenzüberschreitende Werbefahrten, wobei durch exzellent geschulte Verkäufer oft älteren Personen Produkte wie „Gesundheitsmatratzen", Trinkkuren und Busreisen, die zwar direkt „nichts" kosten, sich jedoch durch verschiedenste „Nebengebühren" finanzieren und letztendlich nur zu einer weiteren Verkaufsveranstaltung führen.

a. Bereits 2010 wurden zwei **Durchsetzungsersuchen** betreffend **Werbefahrten** an die deutsche Behörde gerichtet. Nachdem die aufgrund des Durchsetzungsersuchens vom deutschen *Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL)* zunächst beauftragte *Verbraucherzentrale Bundesverband* die Übernahme des Falles ablehnte, übernahm das Bundesamt als administrative Behörde selbst die Durchsetzung. Obwohl an der in der Geschäftskorrespondenz angegebenen und sogar im Handelsregister eingetragenen Adresse niemand anzutreffen war, konnte das Bundesamt den Geschäftsführer ausfindig machen und ihm die behördlichen Schriftstücke zustellen. In seiner Replik legte der Geschäftsführer den Konkursantrag für die betreffenden Unternehmen vor. Tatsächlich gab es in weiterer Folge keine Tätigkeit dieses Unternehmens mehr, weshalb das Verfahren beendet wurde.

b. 2011 wurde ein weiteres **Durchsetzungsersuchen** betreffend zweier Unternehmen ein und desselben Gesellschafters, die mit über Kaffeefahrten vertriebene „**Gesundheitsprodukte**" handeln, wurde 2011 an die deutsche Behörde gerichtet. Es handelt sich dabei um gegenwärtig noch aktive Unternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind. Das Verfahren ist anhängig.

c. An den BKAnw wurden 2011 zwei **Durchsetzungsersuchen** aufgrund von Verstößen gegen die **E-Commerce-** bzw**. Fernabsatzrichtlinie** gerichtet.

Eines betraf ein österreichisches Unternehmen, das unter Hinweis auf „österreichische Qualität" tatsächlich technische Produkte aus China in der Tschechischen Republik vertreibt. Der Sitz des Unternehmens war in einer österreichischen Anwaltskanzlei, keiner der Geschäftsführer hatte seinen Wohnsitz in Österreich. Nach Kontakt mit dieser Anwaltskanzlei konnte eine Einstellung des Verstoßes gegen innergemeinschaftliche Verbraucherschutzbestimmungen bewirkt werden.

Ein anderes Durchsetzungsersuchen betraf den Webauftritt eines in Österreich ansässigen Unternehmens, das in der Tschechischen Republik einen Handelsvertreter beschäftigte und dessen Webauftritt unter anderem nicht an verbraucherrechtlichen Bestimmungen angepasst war. Auch in diesem Fall konnte schnell eine Klärung herbeigeführt werden.

---

[14] Siehe http://www.parlinkom.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00291_20/index.shtml

d. Ebenso langte ein formelles **Informationsersuchen** hinsichtlich eines deutschen **Werbefahrten**-Büros ein, das nunmehr in Österreich eine GmbH gegründet hat und die österreichische Adresse für Ihre Aktivitäten angibt.

Daneben gab es weitere informelle Anfragen von anderen Verbraucherschutzeinrichtungen betreffend Werbefahrten. Nachdem nunmehr auch in Deutschland eine Anmeldung einer Werbeveranstaltung vor deren Durchführung notwendig ist, gingen die deutschen Veranstalter dazu über, in Österreich eine Niederlassung zu gründen, um von dieser aus in Deutschland als „Ausländer“ tätig werden zu können. Da jedoch die Präsentatoren meistens nicht angemeldet sind, wird auch mit der Verfolgung der Schwarzarbeit versucht, diese Unternehmen in den Griff zu bekommen. Auf Anfrage wurden entsprechende veröffentlichte Informationen zur Verfügung gestellt.

e. Eine wesentliche Aufgabe war die **Durchsetzung** des **„2010-Sweeps**“ über Online-Ticketverkauf. Bei insgesamt 10 überprüften Unternehmen gab es in 8 Fällen Beanstandungen. Während das für innerösterreichische Fälle federführend verantwortliche BMASK selbst vier Fälle übernahm, wurden in vier weiteren Fällen Durchsetzungsmaßnahmen durch den *BKAnw* selbst gesetzt. Letztendlich konnte in allen Fällen mittels eines formalen Anschreibens und weiteren Verhandlungen eine entsprechende Adaptierung der Portale ohne gerichtliches Verfahren durchgesetzt werden.