



Tätigkeitsbericht 2013

Alfred Mair / Gustav Stifter

1. Überblick

Beim Bundeskartellanwalt (BKANw) sind im Jahr 2013 insgesamt 534 (2012: 467) neue Verfahren angefallen. Wie auch schon in den Vorjahren lag der quantitative Schwerpunkt in der Fusionskontrolle: Bei 299 (2012: 307) Zusammenschlussanmeldungen wurde vom BKANw in sieben (2012: drei) Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) beantragt. In 39 Fällen wurde auf die Stellung eines Prüfungsantrages vor Fristablauf verzichtet. In verschiedensten Verfahren wurden begründete Stellungnahmen etc. erstattet und die überwiegende Zahl der kartellgerichtlichen Verfahren begleitet.

Im Jahr 2013 wurden an den BKANw 24 Anfragen und Beschwerden (2012: 25) gerichtet, die entsprechend behandelt wurden. Nachstehend sollen einige wichtige, vom BKANw initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt werden.

2. Geldbußenverfahren

2.1. Ermittlungersuchen an BWB betreffend fachspezifischen Einzelhandel

Im Jänner 2013 übermittelte der BKANw der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) nach eingehenden Recherchen ein Ermittlungersuchen gemäß § 81 Abs 3 Z 3 KartG betreffend den dringenden Verdacht von Preis- und Konditionenabsprachen in einem fachspezifischen Einzelhandelsbereich. In weiterer Folge eröffnete die BWB ein Verfahren und führte entsprechende Ermittlungshandlungen – auch vor Ort - durch, die wesentliche Elemente des Verdachtes bestätigten.

2.2. Stellung des BKANw als Amtspartei in Geldbußenverfahren

Im Jahr 2013 hat die BWB 22 Geldbußenanträge beim KG eingebracht; viele dieser Verfahren wurden im Wege einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlements“) erledigt. Die Amtspartei BKANw beteiligte sich an diesen Verfahren mit besonderem Augenmerk auf eine transparente und nachvollziehbare Bemessung von Geldbußen auch bei derartigen „Settlements“.

3. Zusammenschlusskontrolle

3.1 *Morawa Pressevertrieb GmbH & Co KG (Morawa); Presse Großvertrieb Austria Trunk GmbH (PGV)*¹

In Österreich gibt es zwei Pressegrossisten, *Morawa* und *PGV*. Im Februar 2013 wurde die beabsichtigte Einbringung der logistischen Teilbetriebe von *Morawa* und *PGV* in eine gemeinsame Gesellschaft, an der die Parteien zu je 50 % beteiligt sind, als Zusammenschluss angemeldet. Die Zusammenschlusswerber argumentierten, dass durch das Zusammenschlussvorhaben wesentliche Synergien erzielt werden könnten, wodurch das langfristige Überleben beider Grossisten gesichert werden könne.

Die Frage der Marktbeherrschung der Antragsgegner (AG) auf dem Markt für Pressegrasso bzw. Pressegrasso-Logistikdienstleistungen war rasch geklärt: *Morawa* und *PGV* sind die beiden einzigen Anbieter auf dem Markt für Pressegrasso und Pressegrasso-Logistik, weshalb sämtliche Vermutungstatbestände des § 4 Abs 2 bzw. 2a KartG erfüllt waren. Dem stehen weder eine besondere Nachfragemacht der – deutlich weniger konzentrierten - Verlage noch – angesichts der hohen Investitionskosten und der Größe und der bereits gehobenen Synergien der Zusammenschlusswerber - geringe Markteintrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb oder eine allfällige hoheitsrechtliche Regulierung entgegen.

Der Prüfungsantrag des BKAⁿw setzte sich detailliert mit den aus dem Zusammenschluss entstehenden wettbewerblichen Wirkungen auseinander und stellte diesen die behaupteten Synergieeffekte gegenüber.

Ein vom KG eingeholtes Sachverständigengutachten bestätigte, dass die Aktivitäten im Bereich Pressegrasso und Presselogistik derzeit nur von *Morawa* und *PGV* angeboten werden, die Logistikkosten im Mittel deutlich mehr als zwei Drittel der im Pressebereich anfallenden Kosten (die Zusammenschlusswerber betreiben auch weitere Geschäfte) ausmachen würden und errechnete insgesamt Synergieeffekte durch das angemeldete Vorhaben von etwas mehr als 10% der Gesamtkosten.

Das KG stellte in seiner Entscheidung fest, dass im Ergebnis die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens (GU) im Verhältnis zu denjenigen Verlagen, die keine glaubhafte Androhung eines erzwungenen Wechsels oder ultimativ eines geförderten Markteintritts vornehmen können, zu einer erhöhten Stabilität oder Wahrscheinlichkeit koordinierten Verhaltens führe. Die Gründung des GU erhöhe die Überlebenswahrscheinlichkeit beider Grossisten, bewirke jedoch eine gravierende Abmilderung des Wettbewerbs für schwache Verlage, die nicht ausreichend über ihre Verhandlungsmacht geschützt sind. Es wäre dann ein Verlust an Verlagsvielfalt zu erwarten und damit eine Verringerung der Titelvielfalt und Innovationskraft am Zeitschriftensektor, was zu einer Reduktion der Medienvielfalt führen würde. Daher wurde ein umfangreiches Auflagenpaket mit den Zusammenschlusswerbern ausverhandelt. Die Weitergabe der Effizienzen wird durch das „Einfrieren“ der bisherigen Verlagskonditionen bewirkt. Durch das GU samt Auflagen ist die Wahrscheinlichkeit eines Marktaustritts eines der beiden Grossisten verringert und führt zu einer Verbesserung der Marktsituation sowohl für kleine Verlage, die davon profitieren, dass die Marktaustrittsgefahr geringer wird, als auch für große Verlage, die über ihre Verhandlungsmacht gegebenenfalls an Effizienzgewinnen

¹ OGH als KOG 27.1.2014, 16 Ok 11/13 (KG 19.9.2013, 25 Kt 33, 34/13)

partizipieren können. Die Wahrscheinlichkeit eines Marktaustritts ist durch das GU auf absehbare Zeit signifikant verringert worden. Die Verpflichtungen zur personellen Trennung der vertretungsbefugten Organe von den Muttergesellschaften sowie zur Trennung der Buchhaltung, des Controllings und der IT-Administration reduzieren die Wahrscheinlichkeit von koordinierten Verhaltensweisen.

Das KG hielt aber auch fest, dass, sollten nach dem Zusammenschluss kooperative Abreden oder koordinierte Verhaltensweisen zwischen den beteiligten Unternehmen stattfinden, die nicht in einem zwingenden Wesenszusammenhang mit dem Zusammenschluss stehen (mit anderen Worten: nicht unvermeidbare Folge des Zusammenschlusses sind), solche Vereinbarungen freilich weiterhin der kartellrechtlichen Kontrolle nach den §§ 1 und 5 KartG unterstehen.

Im Rekursverfahren bestätigte das KOG² die Ansicht des KG, dass dieser Zusammenschluss eines GU ohne Vollfunktionseigenschaft nach § 7 Abs 1 Z 1 KartG und nicht § 7 Abs 2 KartG zu prüfen ist, wobei kooperative Aspekte ebenfalls zu berücksichtigen sind.

3.2 SIX Austria Holding GmbH (SIX); PayLife Bank GmbH (PayLife)³

Das Verfahren betreffend den Erwerb des österreichischen, hinter dem „Bankomat“-Netzwerk stehenden Dienstleisters *PayLife* durch den Schweizer Finanzdienstleister *SIX* betraf den Markt für bargeldlose Zahlungsverkehrsdienste.

Die Erwerberin *SIX*, unter anderem Betreiberin des Schweizer Netzes für unbare Zahlungen, war vor dem Erwerb bereits „Processor“ (also Datendienstleister) für *PayLife*. *PayLife* selbst war ein Tochterunternehmen von 16 österreichischen Banken(gruppen), das letztendlich aufgrund einer Auflage der Europäischen Kommission an Dritte verkauft werden musste. Der Bereich „Payment Services“ war bereits vor dem Zusammenschluss abgespalten worden und nicht Gegenstand der Transaktion. Der Markt für bargeldlose Zahlungsverkehrsdienste ist wirtschaftlich keinesfalls unbedeutend, wurden im Jahr 2012 laut *PayLife*-Lagebericht doch mit 8,6 Mio Debit-Karten in 508 Millionen Transaktionen ein Volumen (=Außenumsatz) von rund 36 Milliarden Euro (!) bewegt.

Die Höhe der von *PayLife* bzw. deren Rechtsvorgängerin *Europay* an Dritte verrechneten Transaktionsgebühren war zuvor bereits Gegenstand eines Marktmachtmissbrauchsverfahrens⁴ sowie eines Geldbußenverfahrens⁵ gewesen, dem ein Schadenersatzverfahren⁶ folgte. Auch auf EU-Ebene gibt es eine Reihe von Verfahren, die sich mit der Höhe für Transaktionsgebühren von Debit- (=Bankomatkarten) und Kreditkarten auseinandersetzen.⁷

Auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens wurde sowohl seitens der Erwerberin als auch seitens der als Verkäufer auftretenden Banken ein umfassendes Auflagenpaket

² KOG 27.6.2013, 16 Ok 3/13 – *Gemeinschaftsunternehmen*

³ KG 3.9.2013, 29 Kt 48,49/13 (BWB/Z-1993)

⁴ KG 17. 12. 2003, 27 Kt 243, 244/02,

⁵ OGH als KOG 12.9.2007, 16 Ok 4/07

⁶ OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m

⁷ EK 19.12.2007, COMP/34.579 — *MasterCard*; nicht rechtskräftig (vgl. EuGH Rs. C-382/12)
Siehe ebenso zB EK 8.12.2010, COMP/D-1/39.398 - *VISA MIF*

angeboten, das nach Ansicht der befragten Marktteilnehmer sowie der Amtsparteien Wettbewerb für die nächsten Jahre sicherstellen wird. Diese Auflagen beinhalten unter anderem auch eine für Wettbewerber verwertbare Form der Konteninformation auf der „Bankomatkarte“ und ein verpflichtendes Angebot an Wettbewerber zum Zugang zum gegenüber dem üblichen „Maestro“-Vorgang deutlich kostengünstigeren sogenannten „Short-Cut“ (der Unterschied zum Maestro-Verfahren besteht darin, dass die Abfrage nicht innerhalb der Infrastruktur des Maestro-Systems mit entsprechend anfallenden Gebühren stattfindet, sondern die „Abkürzung“ zwischen dem Issuing Supporter [wie *PayLife*] und den Banken genommen wird).

3.3 Zusammenschlüsse in Folge des *ALPINE*-Insolvenzverfahrens

Zahlreiche Zusammenschlüsse des Jahres 2013 waren eine Folge des Konkurses der „Nummer drei“ der österreichischen Bauwirtschaft, *ALPINE*, und dem daraus resultierenden Aufkauf von Unternehmensteilen durch Wettbewerber. Der Insolvenzverwalter der *ALPINE* hatte schon frühzeitig Kontakt mit BWB und BKANw aufgenommen, um bereits im Vorfeld kritische Themen beleuchten zu können. Gleichzeitig wurde seitens des BKANw abgeklärt, in welchen Fällen die „failing firm defense“ Anwendung finden könnte.

Letztendlich konnten – wohl auch aufgrund der Tatsache, dass sich die größten Wettbewerber beim Kauf von Unternehmensteilen zurückhielten – die meisten Fälle schon in der ersten Phase freigegeben werden.

Nur beim Erwerb zusätzlicher Anteile an zwei Asphaltmischwerken durch PORR im Großraum Wien mussten Prüfungsanträge gestellt werden:

3.3.1 *TEERAG-ASDAG AG; AMW Leopoldau TEERAG-ASDAG AG & ALPINE Bau GmbH OG*⁸

Im Dezember 2013 beantragte der BKANw die Prüfung des Erwerbs der 50%-igen Beteiligung der *ALPINE*-Gruppe durch die *PORR*-Gruppe am Asphaltmischwerk Leopoldau. Hintergrund war, dass wesentliche Assets der *ALPINE* im Osten Österreichs durch die *HABAU* erworben wurde, nicht jedoch die Beteiligungen an Asphaltmischwerken und Betonmischwerken. Wie jedoch bereits in vorangehenden kartellgerichtlichen Verfahren erhoben und nun bestätigt, wird ein wesentlicher Großteil der Produktionsmenge eines Asphaltmischwerkes an die Anteilseigner zu wettbewerbsfähigen Preisen verkauft; Dritte beziehen kein Asphaltmischgut oder geringere Mengen zu deutlich höheren Preisen, wodurch diese bei bestimmten Straßenbauleistungen als Anbieter ausscheiden. Die Errichtung neuer Asphaltmischanlagen ist aufgrund der Betriebsanlagengenehmigungsprozesse und umweltrechtlicher Bedenken sehr langwierig und kostenintensiv. Auch besteht eine Gefahr der Preiskoordinierung der Gesellschafter von Asphaltmischanlagen bei Festlegung der Preise einer Anlage. Ebenso befürchtet wurden Auswirkungen auf dem nachgelagerten Markt für Straßenbauleistungen. Ein Grund für das

⁸ KG 10.1.2014, 24 Kt 156,158/13 (BWB/Z-2164)

besondere Augenmerk des BKAⁿw auf diesen Markt waren in den 1990er-Jahren gerichtlich festgestellte Absprachen auch betreffend Asphaltmischgut im Großraum Wien⁹.

Auf dem sachlich relevanten Markt von Asphaltmischgut und dem räumlich relevanten Markt von 25 bzw 50 (Straßen-)Kilometern um das Werk AMW Leopoldau wäre der Marktanteil der Erwerberin bei „anteilmäßiger Zurechnung“ (Multiplikation der jeweiligen Absatzmenge des Werkes im Markt mit dem Beteiligungsverhältnis) von über 30% auf knapp 40% gestiegen. Der gemeinsame Marktanteil der größten drei Mittbewerber und deren konzernmäßig verbundenen Anlagen wäre knapp unter 80%, der größten vier über 80% gelegen.

Bei Zurechnung der gesamten Absatzmenge aller Werke, an denen *PORR* mit mehr als 25 % (iSv § 21 iVm § 7 KartG) beteiligt ist, würde der Marktanteil von *PORR* knapp 50% betragen. Nicht verbunden mit den „großen Drei“ sind lediglich drei Anlagen, die gemeinsam einen Marktanteil von rund 10 % im 50-km-Umkreis um das Werk *AMW Leopoldau* erzielen.

Ende Dezember 2013 wurde – nach anfänglichen Gesprächen über mögliche Auflagen - diese Anmeldung zurückgezogen und in weiterer Folge das Prüfungsverfahren eingestellt.

3.3.2 Allgemeine Straßenbau GmbH; RFM Asphaltmischwerk GmbH & Co KG; RFM Asphaltmischwerk GmbH¹⁰

Im weitgehend identischen räumlichen und sachlichen Markt (Asphaltmischgut Großraum Wien) wurde bereits im Oktober 2013 der Erwerb eines kontrollierenden Anteils an der *RFM Asphaltmischwerk GmbH & Co KG* von *ALPINE* durch die *Allgemeine Straßenbau GmbH*, einer Konzerngesellschaft der *TEERAG-ASDAG* und somit ebenfalls der *PORR AG (PORR)*, angemeldet („RFM Oeynhausen“) und in weiterer Folge ein Prüfungsantrag gestellt.

Die betreffende Asphaltmischanlage befindet sich in der Nähe der Südautobahn nahe Baden bei Wien und somit – mit Ausnahme einzelner Asphaltmischanlagen – weitgehend im selben räumlichen Markt, was sich auch in den Marktanteilen ausdrückte.

Auch in diesem Verfahren wurde die Anmeldung zurückgezogen und in weiterer Folge das Prüfungsverfahren eingestellt.

3.4 FUNKE MEDIENGRUPPE GmbH & Co. KGaA (Funke); Axel Springer AG (Springer)

Der BKAⁿw stellte im Dezember 2013 sowie im Jänner 2014 Anträge auf Prüfung des Erwerbs der Produktgruppen Frauenzeitschriften¹¹ und TV-Programmzeitschriften¹² von *Springer* („Bild“-Zeitung) durch *Funke* (vormals *WAZ*-Konzern), da *Funke* über die Beteiligung an *Mediaprint* und der *Verlagsgruppe News* eine wesentliche Rolle in der österreichischen Medienlandschaft spielt.

Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Berichts waren diese Verfahren noch anhängig.

⁹ OGH 5.12.2002, 12 Os 107/01

¹⁰ KG 20.1.2014 29 Kt 155,157/13 (BWB/Z-2161)

¹¹ 29 Kt 1,2/14 (BWB-Z/2220)

¹² 27 Kt 164,165/13 (BWB-Z/2116)

3.5 Alpenmilch Salzburg Gesellschaft m.b.H.; Käsehof GmbH¹³

Dieses Verfahren über einen materiell bereits geklärten Sachverhalt hatte den Umfang der bereits erteilten Genehmigung¹⁴ bei Veränderung eines Beteiligungsverhältnisses zum Inhalt. Das KG kam zum Schluss, dass die nunmehrige Änderung des Beteiligungsverhältnisses bereits durch das angemeldete Zusammenschlussvorhaben gedeckt war und wies daher im Sinne der Anmelderin und der Amtsparteien die Prüfungsanträge zurück.

3.6 Coop Genossenschaft; REWE-Zentralfinanz eG; Colruyt Gestion S.A.; CONAD Consorzio Nazionale Dettaglianti Società Cooperativa¹⁵

Im August 2013 wurde – nach Ausstieg der *Leclerc*-Gruppe aus der Einkaufsallianz „Coopernic“ mit *REWE* - der beabsichtigte Erwerb von jeweils 25% an einer neu zu gründenden (Einkaufs-) Genossenschaft durch *Coop Genossenschaft* (Basel), *REWE-Zentralfinanz eG* (Köln), *Colruyt Gestion S.A.* (Luxemburg) und *CONAD Consorzio Nazionale Dettaglianti Società Cooperativa* (Bologna) als Zusammenschluss angemeldet. Nachdem die Bedeutung der übrigen Genossenschafter bei weitem nicht die Größe der *REWE*-Gruppe erreichten und das Ergebnis einer Marktbefragung mit von den Zusammenschlusswerbern vorgelegten Daten in Einklang gebracht werden konnten, wurden die Prüfungsanträge zurückgezogen.

4. Rekurse des BKANw

4.1 Umfang der Veröffentlichung kartellgerichtlicher Entscheidungen

Sämtliche Rekurse betrafen die Veröffentlichung kartellgerichtlicher Entscheidungen gemäß § 37 KartG: Mit dessen durch das KaWeRÄG 2012 erfolgter Neufassung sollte eine Verbesserung der Transparenz kartellgerichtlicher Entscheidungen durch Aufnahme des wesentlichen Entscheidungsinhalts in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) erreicht werden. Bei den in den Rekursen aufgeworfenen Punkten geht es jeweils um Grundsatzfragen, die vom BKANw zum Zwecke der Klärung an das KOG herangetragen wurden. Die Rechtsmittel sind per Jahresende 2013 anhängig.

4.1.1 Geldbußenverfahren 27 Kt 80/13 und 26 Kt 105/13

In den beiden Verfahren **27 Kt 80/13** und **26 Kt 105/13** hatte das KG über Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels (LEH) jeweils rechtskräftig eine Geldbuße wegen vertikaler Preisabstimmung mit LEH-Unternehmen verhängt. Während in diesen beiden Geldbußenentscheidungen die betroffenen LEH-Unternehmen sowohl im Spruch als auch in der Begründung noch namentlich genannt wurden, fanden sich deren Namen in den beiden KG-Entscheidungen, die über die gemäß § 37 KartG zur Veröffentlichung bestimmten Fassung absprachen, nicht mehr.

¹³ KG 26.6.2013, 24 Kt 57,60/13 (BWB/Z-2011)

¹⁴ Genehmigung in erster Phase mit 8.3.2012 (BWB/Z-1647)

¹⁵ KG 19.9.2013, 27 Kt 119,120/13 (BWB/Z-2116)

In den beiden dagegen erhobenen Rekursen führte der BKANw im Wesentlichen aus, dass eine Geldbußenentscheidung als Folge von Preisabsprachen nur dann stimmig sei, wenn sich daraus konkret ergibt, wer mit wem wann welche Preise abgestimmt hat. Die vom Gesetzgeber ins Treffen geführte Zielsetzung der Entscheidungstransparenz stehe wohl primär im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen aufgrund von Wettbewerbsverstößen (§ 37a KartG) in Gestalt von „Follow-on-Klagen“, für die entsprechende Informationen aber unumgänglich sind. Ein Letztverbraucher, der Schadenersatzansprüche wegen der infolge der Preisabstimmung überhöhten Verkaufspreise geltend machen will, könne dies nicht gegenüber dem Produzenten, sondern nur gegenüber seinem Vertragspartner, also dem jeweiligen LEH-Unternehmen, tun. Die Nichtnennung dieser Unternehmen verwehre ihm aber das gerade.

Das KOG hat nun die Grundsatzfrage zu entscheiden, ob das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme von sie allenfalls schädigenden Kartellrechtsverstößen stärker wiegt als das ua. auf Art 6 EMRK gestützte Interesse der betroffenen Unternehmen am Unterbleiben der Veröffentlichung ihrer Verstöße, weil diese beispielsweise keine Möglichkeit hatten, sich im Ausgangsverfahren entsprechend zu verteidigen.

4.1.2 Provisorialverfahren 27 Kt 106,107/13

Zu **27 Kt 106,107/13** hatte das KG im Ausgangs-Provisorialverfahren das Begehren der Antragstellerin rechtskräftig abgewiesen, der Antragsgegnerin einen behaupteten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung bis zur Rechtskraft der über den Antrag im Hauptverfahren auf Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen § 5 KartG bzw. Art 102 AEUV ergehenden Entscheidung abzustellen.

In weiterer Folge hat das KG ausgesprochen, dass diese Entscheidung nicht zu veröffentlichen sei, weil in § 37 KartG die zu veröffentlichenden Entscheidungen ohne Erwähnung einstweiliger Verfügungen gemäß § 48 Abs 1 KartG taxativ aufgezählt würden; zudem sei zweifelhaft, ob nicht nur antragsstattgebende Entscheidungen zu veröffentlichen sein.

In seinem dagegen erhobenen Rekurs legte der BKANw ua. dar, dass - wenngleich § 37 KartG Entscheidungen des KG über Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht explizit nennt - es zu bedenken gelte, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung eines Abstellungsantrags in der Praxis wohl häufig dazu führen werde, dass in der Hauptsache gar keine (zu veröffentlichende) Entscheidung des KG mehr gefällt wird. Deshalb wäre es nicht sachgerecht, die Entscheidung im Provisorialverfahren von der Veröffentlichung auszunehmen.

Für eine Veröffentlichung auch von abweisenden Entscheidungen sprechen nach Ansicht des BKANw zwei Argumente: Zum einen lasse dies bereits der Gesetzeswortlaut selbst zu, zum anderen komme einer Veröffentlichung nach § 37 KartG auch eine allgemeine Bedeutung über den Einzelfall hinaus (Unterrichtung der Öffentlichkeit über Wettbewerbsentscheidungen sowie eine Orientierung über erlaubte und verpönte Verhaltensweisen), mithin eine generalpräventive Funktion hinsichtlich der Einhaltung der Wettbewerbsregeln, zu.

4.2 Geldbußenverfahren Spediteure (KOG 2.12.2013, 16 Ok 4/13 – Spediteure [EuGH 18.6.2013, Rs C- 681/11, Schenker ua])

Zur Genese dieses Falles darf zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im BKANw-Tätigkeitsbericht 2011¹⁶ verwiesen werden.

Der EuGH hat nunmehr in seinem Urteil betreffend das Vorabentscheidungsersuchen des KOG¹⁷ dessen Fragen beantwortet wie folgt:

1. Art 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Unternehmen, das gegen diese Bestimmung verstoßen hat, nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen kann, wenn der Zuwiderhandlung ein Irrtum dieses Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zugrunde liegt, der auf dem Inhalt eines Rechtsrats eines Anwalts oder einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruht.
2. Art 101 AEUV sowie die Art 5 und 23 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln (101 AEUV) und (102 AEUV) niedergelegten Wettbewerbsregeln sind dahin auszulegen, dass sich die nationalen Wettbewerbsbehörden, falls das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV erwiesen ist, in Ausnahmefällen darauf beschränken können, diese Zuwiderhandlung festzustellen, ohne eine Geldbuße zu verhängen, wenn das betreffende Unternehmen an einem nationalen Kronzeugenprogramm teilgenommen hat.

Rechtlich „umgesetzt“ hat das KOG diese EuGH-Entscheidung dadurch, dass es den Rekursen des BKANw und der BWB Folge gab, den Beschluss des KG aufhob und diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung (individuelle Ausmessung der Geldbußen auf verbreiteter Tatsachengrundlage) auftrug. Zu diesem Zweck stellte das KOG (auszugsweise zusammenfassend) klar, dass die Antragsgegnerinnen jahrelang systematisch gegen Art 101 AEUV verstoßen und damit einen Bußgeldtatbestand verwirklicht haben.

- Die Zwischenstaatlichkeit ergibt sich aus der der Entscheidung des KG angeschlossenen Rahmenübereinkunft der SSK, wonach das gesamte österreichische Hoheitsgebiet Vertragsgebiet war, mehrere Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen an der Vereinbarung beteiligt waren (Unternehmenssitze in Deutschland, Belgien, Luxemburg), die SSK-Tarife gleichermaßen auch in Österreich niedergelassenen Tochtergesellschaften/Niederlassungen ausländischer/europäischer Muttergesellschaften verrechnet und nach diesen Tarifen auch innerösterreichische SSK-Dienstleistungen gegenüber ausländischen/europäischen Kunden abgerechnet wurden.
- Anders als nach früherer österreichischer Rechtslage enthält das Unionsrecht keine Ausnahme für Bagatellkartelle; auf das Überschreiten bestimmter Marktanteilsschwellen kommt es daher im vorliegenden Fall nicht an, zumal das Kartell eine Preisabsprache und damit eine Kernbeschränkung betrifft („Hardcore“-Kartell).

¹⁶ Tätigkeitsbericht 2011, S 9 f.

¹⁷ KOG 5.12.2011, 16 Ok 4/11.

- Auf die fehlende subjektive Beeinflussungsabsicht der beteiligten Unternehmen kommt es nicht an. Nach der bindenden Entscheidung des EuGH ist Art 101 AUEV dahin auszulegen, dass ein Unternehmen, das gegen diese Bestimmung verstoßen hat, nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen kann, wenn der Zuwiderhandlung ein Irrtum dieses Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu Grunde liegt, der auf dem Inhalt eines anwaltlichen Rechtsrates oder einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruht.

Zur Geldbußenbemessung:

- Im konkreten Fall geht es um eine unmittelbar wettbewerbsbeschränkende Preisabsprache im Sinne des Art 101 AEUV. Unter solchen Umständen ist die anwaltliche Auskunft „in keinem Fall“ zu berücksichtigen, und die Antragsgegnerinnen konnten sich unter Umständen wie den vorliegenden auch nicht über die Verbotswidrigkeit ihres Verhaltens im Unklaren sein. Daraus ist weiters der Schluss zu ziehen, dass eine unrichtige oder unvollständige anwaltliche Auskunft im Fall der Vereinbarung von Kernbeschränkungen auch nicht als Milderungsgrund berücksichtigt werden kann.
- Nicht als Milderungsgrund zu berücksichtigen ist gleichermaßen die seinerzeitige Entscheidung des KG, es handle sich um ein zulässiges (inländisches) Bagatellkartell, zumal sich diese Prüfung nur auf nationales österreichisches Kartellrecht beschränkt hat. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerinnen von der Paritätischen Kommission auf die mögliche Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens im Hinblick auf Österreichs Beitritt zum EWR hingewiesen wurden.
- Ein Feststellungsantrag ist auch ohne Antrag auf Verhängung einer Geldbuße zulässig; eine derartige Feststellung kann für allfällige Schadenersatzforderungen oder im Fall künftigen Zuwiderhandelns (weil dann die vorangegangene Zuwiderhandlung bereits durch eine ausdrückliche Entscheidung festgestellt wurde) Bedeutung erlangen.

Das Verfahren ist damit wieder vor dem KG anhängig.

5. Verbraucherbehörden-Kooperation

Ein weiterer wesentlicher Teil der Tätigkeit des BKANw gründete auch im Jahr 2013 in der europäischen Verbraucherbehörden-Kooperation:

5.1. Der BKANw stellte im Jahr 2013 vier neue Durchsetzungsersuchen. Ein Durchsetzungsersuchen betraf ein Unternehmen, das im Rahmen sogenannter „Kaffeefahrten“ Waren verkaufte und rechtswirksame Vertragsrücktritte nicht anerkannte beziehungsweise einfach das Geld nicht rückerstattete. Hier konnte nach Einleitung des Verfahrens für betroffene Verbraucher eine zufriedenstellende Lösung gefunden werden. Drei weitere Verfahren betrafen die mangelnde Durchsetzung europäischer Verbraucherrechtsvorschriften bei Hotel-Buchungsportalen. Innerhalb des Jahres 2013 konnte in diesen zwei Fällen sowie in den noch offenen Fällen des Vorjahres das europäische Verbraucherrecht durchgesetzt werden.

5.2. An den BKANw wurde 2013 ein Durchsetzungsersuchen aus Malta gerichtet, dem erfolgreich nachgekommen werden konnte.