

Tätigkeitsbericht 2010 des Bundeskartellanwaltes

1. Überblick

Beim Bundeskartellanwalt (BKANw) sind im Jahr 2010 insgesamt 336 (2009: 310) neue Verfahren angefallen. Das Schwergewicht lag in der Fusionskontrolle: Bei 235 (2009: 213) Zusammenschlussanmeldungen wurde in sechs Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht (KG) beantragt. In 44 Fällen wurde auf die Stellung eines Prüfungsantrages verzichtet. Der BKANw hat darüber hinaus in verschiedensten Verfahren rund 20 begründete Stellungnahmen, Rechtsmittelbeantwortungen etc. erstattet und die überwiegende Zahl der kartellgerichtlichen Verfahren begleitet.

Im Jahr 2010 wurden an den BKANw 20 Anfragen beziehungsweise Beschwerden gerichtet, die auch entsprechend behandelt wurden. Als sehr arbeitsaufwändig erwiesen sich wiederum im Rahmen der Verbraucherbehördenkooperation verschiedene „Durchsetzungsersuchen“ an Behörden anderer Mitgliedstaaten, beispielsweise zum Komplex „Werbefahrten“.

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

2. Zusammenschlusskontrolle

2.1 *Berglandmilch/ Tirol Milch*¹

Am 3.12.2010 wurde die Einbringung der *Tirol Milch reg.Gen.m.b.H* ("*Tirol Milch*") in die *Berglandmilch eGen.* ("*Berglandmilch*") gegen Gewährung von Geschäftsanteilen als Zusammenschluss angemeldet. Sowohl der BKANw als auch die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) stellten einen Prüfungsantrag. Wie auch im Verfahren *Berglandmilch/Landfrisch*² lag das Hauptaugenmerk des BKANw auf dem Markt für die „Erfassung“ von Rohmilch.

Ginge man von einem gesamtösterreichischen Erfassungsmarkt aus, so stiege durch den Zusammenschluss der Marktanteil der *Berglandmilch* bei Rohmilch von rund 30% auf knapp unter 40%. Zur Erfassung von Wettbewerbsproblemen auf der lokalen Ebene stellte der

¹ BWB/Z 1314; KG 3.2.2011, 29 Kt 42,43/10 (Auflagenbeschluss)

² BWB/Z-993 - *Landfrisch Molkerei reg.Gen.m.b.H/ Berglandmilch reg.Gen.m.b.H* (ab 16.9.2010 *Berglandmilch eGen*); siehe auch den Jahresbericht des BKANw 2009

BKANw ein Amtshilfeersuchen an die *Agrarmarkt Austria (AMA)*. Während in den meisten Bezirken den Milchbauern ein oder maximal zwei Abnehmer – mit entsprechend hohen Marktanteilen – gegenüberstehen, gibt es einzelne Bezirke, in denen 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 (Molkereien etc.) aufgrund der Standorte Feldkirchen³ und Klagenfurt (*Berglandmilch*) und Wörgl (*Tirol Milch*) doch zu erheblichen Marktüberschneidungen. Als Markteintritts- bzw. austrittsbarriere musste das Verhalten von *Berglandmilch*, Rohmilch nahezu ausschließlich von Genossenschaftern zu beziehen, gesehen werden.

Deshalb wurden in zahlreichen intensiven Gesprächsrunden mit den Zusammenschlusswerbern die wettbewerblichen Probleme diskutiert und ein umfassendes Auflagenpaket verhandelt. Im Rahmen einer Tagsatzung verkündete der Vorsitzende des zuständigen Kartellsenates am 3.2.2011 den Beschluss, dass der Zusammenschluss unter der Voraussetzung der Erfüllung eines umfassenden Auflagenkataloges⁴ 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 oberösterreichischen Milchbauern (davon jeweils rund 10% Bio-Rohmilch) zu bestimmten indexierten Preisen. Verschiedene Marktteilnehmer bestätigten im Rahmen eines „Market-Tests“ die Wirksamkeit der Auflagen.

2.2 Strabag/Colas⁵

Diese Zusammenschlussanmeldung (vom 30.4.2010) betraf den kleinen, bereits jetzt sehr konzentrierten Markt für Bitumenemulsionen, die vor allem im Straßenbau vor Aufbringung einer Asphalttschichte als „Klebstoff“ zu den tieferliegenden Schichten aufgebracht werden. Der Baukonzern *Strabag SE* (weltweiter Gesamtumsatz im Jahr 2009 12,552 Mrd Euro; Bauleistung 2009 13,021 Mrd), der im sachlich relevanten Markt für Bitumenemulsionsprodukte für den Straßenbau über das Konzernunternehmen *Bitunova* sowie über deren 24,9%-ige Beteiligung an der *Vianova Bitumenemulsionen GmbH (Vianova)* tätig ist, beabsichtigte den Kauf der *Colas GmbH (Colas)*. *Colas*, eine Tochtergesellschaft des auf Straßenbau spezialisierten Baukonzerns *Colas S.A.* mit Sitz in Frankreich und etwa 12 Mrd Euro weltweitem Umsatz, ist ein Anbieter einer umfassenden Produktpalette aus Bitumenemulsionen und bringt als Dienstleister auch diese Speziallösungen als Subvertragsnehmer direkt auf. *Colas* gilt neben *Vianova* als der unabhängige Marktführer in Österreich. Der gemeinsame Marktanteil von *Bitunova* und *Colas* wurde von Dritten mit über 50% eingeschätzt. Als unmittelbare Auswirkung des Zusammenschlusses wurde von den Kunden das Ausscheiden eines wesentlichen Wettbewerbers mit anschließendem Anstieg des Preisniveaus gesehen. Daneben hätte der Zusammenschluss auf sehr kleinen Spezialmärkten zu einem Monopol geführt. Auch die gesetzliche Oligopolvermutung (Marktanteil der größten vier Unternehmen über 80%) war jedenfalls erfüllt.

³ bei Mattighofen/OÖ

⁴ Siehe http://www.bwb.gv.at/zusammenschlusse/zusammenschlusse_2010/documents/auflagenzusammenschlussberglandmilch.pdf

⁵ KG 8.7.2010 (Einstellungsbeschluss), 27 Kt 16,17/10 (BWB/Z-1163)

Sowohl BKANw als auch BWB stellten jeweils unterschiedliche Prüfungsanträge.

Am 17.6.2010 zogen die Anmelder die Zusammenschlussanmeldung zurück und gaben dieses Zusammenschlussvorhaben auf. Mangels Grundlage zogen auch die Amtsparteien ihre Prüfungsanträge zurück, das kartellgerichtliche Verfahren wurde daraufhin eingestellt.

2.3 Strabag/Lafarge (Nostra Zement)⁶

Am 13.10.2010 meldeten *Strabag SE (Strabag)* und *Lafarge Permooser GmbH (LPG)* die Gründung der "*Lafarge Zement CE Holding GmbH*" als Zusammenschluss an, in welche (i) *Lafarge*, ihre Zementwerke in Österreich, Tschechien und Slowenien und (ii) *Strabag* ihr gerade in Fertigstellung befindliches Zementwerk in Ungarn ("*Nostra Zement*") einbringen sollen. An der Gesellschaft soll *Lafarge* 70 % der Anteile und Stimmrechte halten, *Strabag* 30%, weshalb die Zusammenschlusswerber alleinige Kontrolle durch *Lafarge* behaupteten. Tatsächlich war der Zusammenschluss aufgrund der Kontroll-Konstruktion nicht bei der Europäischen Kommission anmeldebedürftig.

Der BKANw stellte einen Prüfungsantrag, der unter anderem auf folgenden Überlegungen beruhte:

i) Das Werk „*Nostra Zement*“ von *Strabag*, das rund 160 km Luftlinie von der österr. Staatsgrenze und 280 km Luftlinie von Wien entfernt ist, wurde in Medien zunächst als „neuer unabhängiger Wettbewerber⁷“ titulierte.

ii) Durch das Gemeinschaftsunternehmen wird nach Ansicht des BKANw *LPG* seine ohnehin bereits starke Stellung auf dem Markt für Grauzement in Ostösterreich verstärken, da der Zement, den *Strabag*-Transportbetonwerke gegenwärtig von Dritten beziehen, hinkünftig (zumindest größtenteils) von *LPG* bezogen werden wird.

iii) Zieht man die ursprünglich für 2010 geplante Inbetriebnahme des Zementwerkes „*Nostra Zement*“ in die Überlegung ein, so würde – ohne den gegenständlichen Zusammenschluss - hingegen die marktbeherrschende Position von *LPG* gegenüber dem Status quo deutlich geschwächt werden, da *Strabag* hinkünftig den Zement für eigenen Bedarf (zumindest teilweise) durch das eigene Werk decken wird und dadurch bedeutende Kapazitäten der übrigen Zementwerke frei werden.

iv) Im Vergleich zur Inbetriebnahme des Zementwerkes „*Nostra Zement*“ ergibt sich folglich durch Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine deutliche Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von *LPG*.

Während der laufenden Prüfung des Zusammenschlusses verkündete die Europäische Kommission in einer Pressemitteilung⁸, dass auch der österreichische Zementmarkt Gegenstand einer laufenden Untersuchung ist.

Das KG bestellte einen Gutachter, der in einem Zwischenbericht von einem räumlich relevanten Markt von unter 200 km ausging und daher keine wesentlichen wettbewerblichen

⁶ KG 21.2.2011 (Einstellungsbeschluss), 27 Kt 39/10 15, 19/10; (BWB/Z-1269 *Strabag SE; Lafarge Cement CE Holding GmbH; Nostra Zement*)

⁷ Vgl. zB *Wirtschaftsblatt* 27.07.2005, „Strabag legt sich mit der Zementlobby an“

⁸ EK 10.12.2010, IP/10/1696 („Kommission leitet Kartellverfahren gegen mehrere Zementhersteller ein“)

Auswirkungen auf österreichische Märkte erkennen konnte. Die deutsche Zementkartell-Entscheidung⁹ ging allerdings von einem räumlichen Markt von jedenfalls 250 km aus.

Da aufgrund des rigiden Fristenregimes des kartellgerichtlichen Prüfungsverfahrens eine vertiefte wettbewerbsökonomische Auseinandersetzung mit den gutachterlichen Thesen im Rahmen des Gerichtsverfahrens nicht erfolgsversprechend erschien, zog der BKANw seinen Prüfungsantrag – noch vor dem finalen Gutachten und einer materiellen Entscheidung des KG – zurück.

2.4 Imerys (Mircal Brasil)/ Pará Pigmentos S.A (PPSA/Trokarah)¹⁰

Das – sehr aufwändige – Verfahren betraf den europaweiten¹¹ Markt für Kaolin, einem wichtigen Farbstoff für viele Papierarten. *Imerys* ist nach eigenen Angaben weltweite Nummer eins bei Kaolin-Pigmenten und weltweite Nummer zwei bei „GCC“, einem Substitut für Kaolin. *Pará Pigmentos S.A (PPSA)* baut ein qualitativ sehr hochwertiges Kaolinvorkommen in Brasilien ab, verarbeitet und verschifft dieses weltweit. *PPSA* sollte zur Gänze von *Imerys/Mircal* erworben werden. In einer informellen Befragung wurden von verschiedenen Dritten Befürchtungen hinsichtlich erwarteter Preissteigerungen und einer bedeutenden Verengung des Marktes geäußert.

Sowohl BKANw als auch BWB stellten Prüfungsanträge. Die Anmelderin bemühte verschiedenste Argumentationslinien, neben jener einer behaupteten Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bis hin zu einem angeblich völkerrechtlich nicht vertretbaren Eingriff infolge einer etwaigen Untersagung des Zusammenschlusses. Kurz nachdem das KG – nach intensiven Gesprächen der Anmelderin mit den Amtsparteien - einen Gutachter bestellt hatte, zog die Anmelderin die Anmeldung mit der Argumentation zurück, dass nach neuerlicher Durchrechnung des Jahresumsatzes sowie einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse der Zusammenschluss in Österreich nicht mehr anmeldepflichtig wäre. Daraufhin zogen die Amtsparteien – unter ausdrücklichem Hinweis auf die Bestimmungen zum Durchführungsverbot von Zusammenschlüssen – ihre Prüfungsanträge ebenfalls zurück.

2.5 Kauf von Insolvenzmasse als Zusammenschluss (Weyland / Masseverwaltung Blumenfeld Holzhandel¹², Frischeis/Lagerbestand Masse Blumenfeld Holzhandel¹³)

Über die *Blumenfeld Holzhandel GmbH Wien (Blumenfeld)* war am 31.3.2010 der Konkurs eröffnet worden. In weiterer Folge beschäftigten drei Verfahren das KG und die Amtsparteien: Zwei Fusionskontrollverfahren, nämlich a) der Erwerb wesentlicher Teile der *Blumenfeld*-Masse durch den Holzhändler *Weyland GmbH (Weyland)*, b) der Erwerb des Holzlagers aus der Masse durch die ebenfalls im Holzhandel tätige *Frischeis-Gruppe (Frischeis)* sowie c) ein von *Weyland* gegen *Frischeis* angestrebtes kartellgerichtliches

⁹ Oberlandesgericht Düsseldorf 26.6.2009, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi

¹⁰ KG 30.6.2010 27, Kt 9,10/10 (BWB/Z-1121)

¹¹ Aufgrund der geringen Größe des Zielunternehmens fiel der Zusammenschluss nicht unter die Europäische Fusionskontrollverordnung

¹² KG 23.6.2010 (Einstellungsbeschluss), 25 Kt 15, 19/10

¹³ KG 26.07.2010, 25 K t23,24/10 (Zurückweisungsbeschluss)

Verfahren wegen u.a. behaupteten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (dazu unten 3.1).

a) Am 29.4.2010 meldete *Weyland* den Erwerb von Assets der im Konkurs befindlichen *Blumenfeld* als Zusammenschluss bei der BWB an. Da zum Zeitpunkt der Anmeldung der Umfang des Zusammenschlussvorhabens nicht bestimmt war, bzw. es gar nicht absehbar war, ob der Gläubigerausschluss den Zuschlag erteilen würde, stellten die Amtsparteien Prüfungsanträge und beantragten die Zurückweisung der Anmeldung. Nach Abschluss der Kaufverträge wurden diese zurückgezogen.

b) Die *Frischeis-Gruppe* meldete ihrerseits am 25.5.2010 den Erwerb des *Blumenfeld*-Lagerbestands, also der Handelsware, aus der Konkursmasse als Zusammenschluss an. BKAAnw und BWB stellten jeweils einen Prüfungsantrag. Die Anmeldung des Erwerbs des Warenlagers als Zusammenschluss wurde vom KG zurückgewiesen. Einerseits ergab das Ermittlungsverfahren, dass ein entsprechendes Warenlager kurzfristig beschafft werden kann, andererseits war der Wert des Warenlagers auf rund 2,7 Mio Euro, d.h. deutlich unter den Schwellenwert von 5 Mio Euro, gesunken. Da letztendlich die Grundlage für das Prüfungsverfahren weggefallen war, zog auch der BKAAnw seinen Prüfungsantrag zurück.

3. Kartell- und Marktmachtmissbrauchsverfahren

3.1 Kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft der Masse (*Frischeis/Masseverwaltung Blumenfeld Holzhandel*¹⁴)

Im Verfahren *Weyland/Blumenfeld* sah sich der BKAAnw veranlasst, eine grundlegende Klärung der kartellrechtlichen Beurteilung der Konkursmasse durch einen Rekurs herbeiführen zu lassen:

Wie bereits oben unter 2.5 erläutert, stellte *Weyland* zunächst Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen behaupteter Kartellabsprachen und Marktmachtmissbrauchs gegen *Frischeis* und die *Blumenfeld*-Masseverwalterin, da nach Ansicht *Weylands* durch den Kauf des Lagerbestandes und der mit seiner Auflösung verbundenen Tätigkeiten die Standorte von *Blumenfeld* derart blockiert werden würden, dass *Blumenfeld* vollkommen aus dem Markt ausscheide und diese Marktanteile auf die – behauptet - marktbeherrschende *Frischeis*-Gruppe übergehen würden. Dies wurde von *Frischeis* bestritten. Das KG wies den Sicherungsantrag „a limine“ ab, da es für eine unternehmerische Tätigkeit der Gemeinschuldnerin keinen Anhaltspunkt gebe: Die Gemeinschuldnerin selbst werde nach Veräußerung ihres gesamten Umlauf- und Anlagevermögens nicht in der Lage sein, in naher Zukunft ihre unternehmerische Tätigkeit fortzusetzen.

Gegen diese Argumentation richtete sich ein ausführlicher Rekurs des BKAAnw.

Der OGH als Kartellobergericht (KOG)¹⁵ folgte nicht der verallgemeinernden Argumentation des KG, dass nach Schließung des Unternehmens der Gemeinschuldnerin diese kein Unternehmen mehr betreibe. Nach Ansicht des KOG hat weder die Eröffnung des

¹⁴ KG 17.06.2010, 25 Kt 20, 21/10

¹⁵ Siehe OGH als KOG 4.10.2010, 16 Ok 6/10: Die Entscheidung des OGH als KOG bejahte ausdrücklich die Zulässigkeit des Rekurses des BKAAnw, die sich gegen die Entscheidung selbst richtete, obwohl er inhaltlich sich vor allem gegen die Verneinung der Unternehmenseigenschaft der Masse richtete.

Insolvenzverfahrens als solches noch die im Zuge des Insolvenzverfahrens angeordnete Schließung des Unternehmens für sich genommen bereits den Wegfall der Unternehmenseigenschaft zur Folge. Entscheidend ist der Zweck des Kartellrechts, also die Wahrung und Förderung des Wettbewerbs. Der Erwerb selbst von Assets stillgelegter Unternehmen (steile) unterliegt jedenfalls dem Kartellrecht, wenn damit der Übergang betriebsbezogener Marktanteile verbunden ist.

Da es sich bei dem Warenlager jedoch größtenteils um problemlos kurzfristig beschaffbare Rohstoffe handelte, verneinte jedoch das KOG das Vorliegen einer ins Gewicht fallenden Markteintrittsbarriere und somit eines unzulässigen Kartells. Hinsichtlich des behaupteten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung führte das KOG aus, dass entgegen den Bestimmungen zu den spezielleren Regeln zur Zusammenschlusskontrolle (und dem damit verbundenen Antragsmonopol der Amtsparteien) der Erwerb von Unternehmensteilen generell nicht der Missbrauchskontrolle unterliegt. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot käme nur dann in Betracht, wenn neben der Verstärkung der Marktposition des Unternehmens wesentliche weitere Umstände hinzutreten würden, wie etwa eine faktische Ausschaltung des Restwettbewerbes.

3.2 Zeitschriftenpreise

Im Verfahren „Zeitschriftenpreise“¹⁶, in dem – wie im Vorjahresbericht dargelegt – das KOG sich der Ansicht des BKAⁿw (und der BWB) angeschlossen hatte, dass eine „Wettbewerbsbeschränkung“ im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vorliege, wurde nunmehr das Verfahren hinsichtlich des möglichen Vorliegens von Freistellungsgründen nach Art 101 Abs 3 AEUV weitergeführt.

4. Sonstiges

Schutz von „Kartell-Kronzeugen“ im Strafverfahren (§209b StPO)

Mit dem „Strafrechtlichen Kompetenzpaket“¹⁷ wurde neben Bestimmungen betreffend „allgemeine“ Kronzeugen im Strafverfahren auch § 209b StPO für Mitarbeiter eines Kartell-Kronzeugen-Unternehmens eingeführt. § 209b StPO bestimmt, dass die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter eines Unternehmens, das als „Kartell-Kronzeuge“ auftritt, einzustellen hat, wenn der BKAⁿw diese davon verständigt, dass es im Hinblick auf den Beitrag zur Aufklärung einer Zuwiderhandlung unverhältnismäßig wäre, die Mitarbeiter eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens wegen einer durch eine solche Zuwiderhandlung begangenen Straftat zu verfolgen.

¹⁶ OGH als KOG 15.07.2009, 16 Ok 6/09; 1.12.2009, 16 Ok 10/09; (KG 27.1.2009, 26 Kt 17, 18, 27, 28/07)

¹⁷ BGBl I Nr 108/2010

5. Verbraucherbehörden-Kooperation

Das Schwergewicht in der Verbraucherbehörden-Kooperation lag im Jahr 2010 in der Bekämpfung von „Werbefahrten“. Die gestellten Durchsetzungsersuchen betrafen grenzüberschreitend organisierte Werbefahrten, wobei Kunden im Rahmen einer Autobusfahrt Reisen, Gesundheitsprodukte etc zu überhöhten Preisen verkauft wurden, jedoch wesentliche Bestimmungen des Zivil- und Verbraucherrechts außer Acht gelassen wurden.

Die in Österreich "Werbefahrten" (in Deutschland "Kaffeefahrten") genannten Veranstaltungen, für die oft auch mit falschen Gewinnversprechen geworben wird, haben insgesamt eine bei Weitem unterschätzte wirtschaftliche Bedeutung. In Österreich gibt es vorsichtigen Schätzungen zufolge jährlich mehr als 100.000 betroffene Konsumenten bei insgesamt mehr als 50 Mio Euro Branchenumsatz. Die Präsentatoren sind exzellent geschult und arbeiten mit vielen Tricks, der – berechnete – Rücktritt vom Vertrag erweist sich in vielen Fällen als praktisch nicht möglich.

Daneben betrafen verschiedene Verfahren einen österreichischen Vertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln im Fernabsatz sowie Unternehmen, die im Online-Vertrieb von Veranstaltungskarten tätig sind.