



## Tätigkeitsbericht 2016

Alfred Mair / Gustav Stifter

### 1. ÜBERBLICK

Beim Bundeskartellanwalt (BKAnw) sind im Jahr 2016 569 Akten (2015: 532 Akten) neu angefallen.

Wie auch schon in den Vorjahren lag der quantitative Schwerpunkt in der Fusionskontrolle: Bei 420 (2015: 366) Zusammenschlussanmeldungen wurde vom BKAnw in vier (2015: ebenfalls vier) Fällen die Prüfung des Zusammenschlusses durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) beantragt. In 30 Fällen (2015: 32) wurde auf die Stellung eines Prüfungsantrages vor Fristablauf verzichtet.

Darüber hinaus wurden (in unterschiedlichen Verfahren) 13 begründete Stellungnahmen erstattet und die überwiegende Zahl der kartellgerichtlichen Verfahren begleitet.

Im Jahr 2016 wurden an den BKAnw 29 Anfragen und Beschwerden (2015: 35) gerichtet, die entsprechend behandelt wurden. In den folgenden Abschnitten werden einige wichtige, vom BKAnw initiierte bzw. mitinitiierte Verfahren näher dargestellt.

### 2. ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

#### 2.1 ***Novomatic AG; Casinos Austria Aktiengesellschaft; Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H.***

Die Anmelderin meldete Ende Dezember 2015 den Erwerb von (direkt bzw indirekt) über 25 % der Anteile an *Casinos Austria Aktiengesellschaft (CASAG)* sowie von (indirekt) über 25 % der Anteile an *Österreichische Lotterien Gesellschaft mbH (ÖLG)* sowie den Erwerb von Kontrolle an CASAG als Zusammenschluss an<sup>1</sup>.

Neben der BWB beantragte auch der BKAnw die Prüfung des Zusammenschlusses, in eventu dessen Zurückweisung, weil Zweifel an dessen Anmeldefähigkeit vorgelegen hatten: Zum Zeitpunkt der Anmeldung waren nämlich gesellschaftsrechtliche Klagen eines Mitbewerbers anhängig, die im Ergebnis auf die Verhinderung des Zusammenschlussvorhabens der Anmelderin abzielten. Vereinfacht gesagt „rangen“ in dieser Phase die Anmelderin und eine Mitbewerberin um dasselbe Zielobjekt, wobei die Mitbewerberin im Jänner 2016 überdies selbst eine Zusammenschlussanmeldung mit dem Ziel des Erwerbs von Kontrolle an CASAG eingebracht hatte<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BWB/Z-2906.

<sup>2</sup> BWB/Z-2933.

Eine Zusammenschlussanmeldung kann nach der Judikatur frühestens dann erfolgen, wenn zumindest eine grundsätzliche Einigung über die genauen Strukturen des Zusammenschlusses und der Zeitplan zur Umsetzung vorliegen<sup>3</sup>. Die gesellschaftsrechtlichen Verfahren waren zum Zeitpunkt der Anmeldung weder hinsichtlich ihres Ergebnisses, vor allem aber nicht hinsichtlich ihrer diesbezüglichen Dauer bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung, absehbar. Ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen dieser Umstand auf das gegenständlich angemeldete Zusammenschlussverfahren haben würde, erschien den Amtsparteien jedenfalls unklar. Allerdings konnte der Eventualantrag auf Zurückweisung in weiterer Folge deshalb zurückgezogen werden, weil die konkurrierende Mitbewerberin ihrerseits die Zusammenschlussanmeldung zwischenzeitlich zurückgezogen sowie die erwähnten zivilrechtlichen Verfahren ruhend gestellt hatte. Die Prüfungsanträge der Amtsparteien blieben allerdings aufrecht.

In seiner Entscheidung<sup>4</sup> untersagte das KG den Zusammenschluss in seiner Gesamtheit mit im Wesentlichen der Begründung, dass aufgrund der Ergebnisse des vom Gericht eingeholten Sachverständigengutachtens zu erwarten sei, dass sich auf dem Spielbankenmarkt Wien/Baden sowie den Märkten für Automatenglücksspiel in Wien, Niederösterreich, Burgenland, Oberösterreich und Kärnten durchwegs kombinierte Marktanteile von 68% bis 100% finden würden, womit eine marktbeherrschende Stellung entstünde bzw. verstärkt werde, die einzelnen Vorhaben des Zusammenschlusses aber untrennbar miteinander verbunden seien. Bei einer Gesamtbeurteilung des Zusammenschlussvorhabens sei zudem zu berücksichtigen, dass CASAG im Bereich des Online-Glücksspiels und im Bereich des Vertriebs von Glücksspielangeboten über die Trafiken quasi über ein Monopol verfüge, weshalb durch den Zusammenschluss in weiterer Folge der Randwettbewerb abnehme oder entfalle. Die von der Anmelderin vorgeschlagenen Auflagen wurden vom KG als nicht ausreichend erachtet.

Die Anmelderin rekurrierte gegen diese Entscheidung, drang aber nicht durch (siehe unten, Punkt 4.1)

## 2.2 OMV AG; FE-Trading GmbH<sup>5</sup>

Anfang Jänner 2016 wurde der indirekte Erwerb sämtlicher Anteile an der *FE-Trading GmbH* (*FE*), die auf Standorten der Lebensmitteleinzelhandelskette „*Hofer*“ Tankstellen betrieb, durch *OMV AG* (*OMV*) als Zusammenschluss angemeldet. Im Jahr 2016 betrieb *OMV* in Österreich 211 „*OMV*“ und 132 „*Avanti*“ Tankstellen und hielt eine 29 %-ige (indirekte über *OMV R&M*) Beteiligung an der *Genol Gesellschaft m.b.H.*, die ihrerseits 178 weitere Tankstellen, vorwiegend im ländlichen Raum, führte. *FE Trading* betrieb zwischen 2009 und 2016 das Netzwerk der ansonsten „namenlosen“ Tankstellen auf Standorten der Lebensmittelkette *Hofer*. Das Netzwerk umfasste 66 Tankstellen.

*FE -Trading* hatte ursprünglich das erklärte Ziel, jeweils um 2 Cent/Liter billiger als die Konkurrenz zu sein<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> KOG 23.6.1997, 16 Ok 4/97.

<sup>4</sup> KG 26.8.2016, 24 Kt 3/16w, 4/16t.

<sup>5</sup> KG 13.4.2016; 25 Kt 116 h, 25Kt 2/16w, BWB/Z-2919 (<http://http://edikte.justiz2.local/edikte/ek/ekedi17.nsf/alldoc/3ba66732e40c9e1bc125807600490a711> OpenDocument).

<sup>6</sup> BWB (2009): Treibstoffpreise in Salzburg - Entwicklungen und Einflussfaktoren (Seite 12):

Der BKANw argumentierte, dass *FE-Trading* als „Maverick“ agiere und den Preis setze. *FE-Trading*-Tankstellen waren zumeist im oder beim Tiefpunkt eines Preistrichters. Berechnet man einfach die Mittelwerte pro Bundesland, so zeigte sich, dass *FE-Trading* im Durchschnitt deutlich unter dem österreichischen Durchschnitt lag.

Ausgehend von der Tatsache, dass die Grund-Preisfestsetzung zwar bei manchen großen Konzernen – in Abhängigkeit von der Entwicklung von der internationalen Ölpreisentwicklung und verschiedenen Angebots- und Nachfragefaktoren - zentral erfolgt, doch letztendlich der einzelne Betreiber oder Pächter die Preisentwicklung der nächsten zwei bis vier – für diese Tankstelle – relevanten Preise überprüft, müssen dementsprechend nähere Tankstellen als auch im Sinne der Wettbewerbsanalyse „nähere Wettbewerber“ stärker berücksichtigt werden.

In Verhandlungen zwischen Amtsparteien und Zusammenschlusswerbern wurden letztendlich strukturelle Auflagen für 13 Standorte vereinbart, die auch von einem vom KG bestellten Sachverständigen bestätigt wurden.

Das KG trug daher der OMV auf, 10 *FE*-Standorte zu verpachten und 3 weitere *Avanti*-Standorte zu verkaufen.

Ein Treuhänder wurde zur Abwicklung der Auflagen bestellt und fand nach einem Ausschreibungsverfahren die Firma *Guttman*, die letztendlich alle Standorte übernahm.

Tatsächlich waren bei Berichtslegung bereits alle Standorte übergeben.

### **2.3 Gewista-Werbegesellschaft m.b.H.; Progress Außenwerbung GmbH; Ankünder GmbH; Megaboard GmbH<sup>7</sup>**

Ende Oktober 2016 wurde die Erhöhung der Anteile bei *Ankünder* von (nicht anmeldepflichtigen) 24,9% auf 33,3% durch *Gewista* (und damit verbunden das Mitwirkungsrecht, einen der drei Geschäftsführer zu entsenden) als Zusammenschluss angemeldet.

*Gewista* bietet in ganz Österreich (direkt oder über Zubuchungen) Außenwerbung wie Plakate, „Rolling Boards“ (mechanische Plakatwechsler), City-Lights (hintergrundbeleuchtete Plakate) und in manchen Gegenden digitale Werbeflächen, an. *Gewista* ist jedenfalls nach Bruttokontakten Marktführer in Österreich. Die *JCDecaux*-Gruppe, die *Gewista* zu 67% (Rest Vienna Insurance Group und AWH-Beteiligungsgesellschaft) hält, weist einen weltweiten Umsatz für 2015 von 3,2 Mrd Euro aus.

*Ankünder* ist ebenfalls im Bereich Außenwerbung tätig und erzielte 2015 einen konsolidierten Umsatz von rund 15 Mio Euro. *Ankünder* wurde zum Zeitpunkt der Anmeldung zu 75,1% von der  *Holding Graz* und zu 24,9% von *Gewista* gehalten. Der Geschäftsfokus ist im

---

<sup>7</sup> „Geschäftsidee ist - wie den Medien zu entnehmen - billiges Einkaufen (*Hofer*) mit billigem Tanken (*Friesacher*) zu verbinden. Laut Geschäftsführung wurde das Ziel angestrebt, um 2 Cent pro Liter billiger zu sein als die Konkurrenz. In absehbarer Zukunft sollen in ganz Österreich solche Selbstbedienungszapfsäulen auf rund 100 *Hofer*-Parkplätzen in Betrieb genommen werden. Nach der Eröffnung dieser Tankstellen kam es noch am Sonntag an diversen Standorten in unmittelbarer Nachbarschaft zu den jeweils neu eröffneten Zapfsäulen zu Preisreduktionen, welche in Folge auch bei den *FE-Trading* Tankstellen Preissenkungen ausgelöst haben. Eine richtiggehende Preisspirale nach unten setzte am darauffolgenden Montag, den 29. Juni 2009, ein.

<sup>7</sup> BWB/Z-3250; 26 Kt 13/16f, 26 Kt 14/16b (zum Zeitpunkt der Berichtslegung noch offen).

Wesentlichen beschränkt auf die Steiermark, doch ist *Ankünder* laut Geschäftsbericht (gemeinsam mit *Gewista*) ebenso in den Märkten Salzburg, Kärnten und Wien tätig.

Ein strittiger Punkt in dem Zusammenschlussverfahren war die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Während die Zusammenschlusswerber aufgrund eines zunehmenden Drucks durch digitale Werbeformen einen größeren Markt einschließlich aller digitalen Medien argumentierten, führte der BKANw aus, dass das KG in früheren Verfahren hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes festgestellt habe, dass Außenwerbung als ein eigenständiger Markt zu betrachten sei<sup>8</sup>.

Hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes stehen sich – nach Ansicht des BKANw - im Bereich der Außenwerbung auf unterschiedlichen Ebenen unterschiedliche Akteure gegenüber, und zwar a) Endkunden (Werbung schaltende Unternehmen, Parteien oder Organisationen), b) Werbeagenturen (entwerfen Werbekampagnen), c) Medienagenturen (die Werbeaufträge bei Medienunternehmen vergeben) d) Außenwerbeunternehmen (die über entsprechende Werbemedien verfügen) sowie gegebenenfalls e) Streuer (die Außenwerbung auf sämtliche nachgefragten Standorte auch mit Zumietung von Plakatflächen verteilen). Während die unmittelbare Wirkung eines Plakats nur lokale Wirkung haben kann, werden aus Kundensicht sowohl regionale als auch nationale Kampagnen geschaltet.

Regionale Märkte wurden mit Einzugsgebieten größerer Städte gleichgesetzt und lokale Märkte auf kleinere Gebiete (zB Gemeindegebiete) beschränkt.

Bei einem bereits sehr hohen Marktanteil in Steiermark-Land und Graz kommt es – aus Sicht des BKANw – zu Marktanteilsadditionen, die die ohnedies überragende Marktstellung von *Ankünder* noch verstärken. Zu berücksichtigen ist, dass *Ankünder* sich als Gesellschaft der *Graz Holding* naturgemäß durch einen exzellenten Zugang zu öffentlichen Verkehrsmitteln und Einrichtungen die attraktivsten Standorte sichern kann. Den Zusammenschlusswerbern wäre es daher möglich, Wettbewerber durch Einschränkung der Zubuchung oder Verweigerung von Kooperationen mit diesen so zu diskriminieren, dass diese aus dem Markt ausscheiden müssen („Foreclosure“).

Auf einem nationalen Markt für bundesweite Werbe-(Plakat-)Kampagnen wird aus Sicht des BKANw eine marktbeherrschende Stellung von *Gewista* verstärkt: Die Marktanteile von *Gewista* sind nach Angaben des Outdoor-Servers Austria sowohl nach Bruttokontakten als auch nach Standorten deutlich über der Schwelle einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung mit 30% Marktanteil iSd § 4 Abs 2 Z 1 KartG. Zu diesen Marktanteilen kommen weitere Marktanteile durch *Ankünder* und die mit ihr verbundene *PSG*.

Das Verfahren ist zum Zeitpunkt der Berichtslegung weiterhin anhängig, ein gerichtlich bestellter Sachverständiger analysiert auf Basis von ökonomischen Analysen die Märkte und in weiterer Folge die Bedeutung dieser Marktanteile auf Außenwerbemärkten.

---

<sup>8</sup> KG 2.7.2003, 26 Kt 16,26/03 - *Heimatwerbung/Schuster* sowie KG 14.1.2013, 27 Kt 58/12 - *Gewista/Ankünder* (Verfahrensbeendigung durch Rückziehung des Prüfungsantrags)

## **2.4 Wiener Hafen und Lager Ausbau- und Vermögensverwaltungs, GmbH & Co KG; ÖBB-Infrastruktur AG; WienCont Containerterminal GmbH<sup>9</sup>**

Ende November 2016 wurde bei der Bundeswettbewerbsbehörde zu BWB/Z-3304 die Einbringung des bisher von der *WienCont Containerterminal GmbH* (Wien) betriebenen Containerterminals im Hafen Wien Freudenu und des von *ÖBB-Infrastruktur* neu errichteten *Containerterminal Wien Inzersdorf* in ein Gemeinschaftsunternehmen angemeldet, das von beiden Muttergesellschaften gemeinsam kontrolliert werden sollte.

*WienCont* ist als neutraler Terminalbetreiber wesentliche Drehscheibe für Ganzzugverkehre zu den Seehäfen und zu den kontinentalen Verkehrsknoten. Mit jährlich rund 200.000 abgefertigten Waggons werden alleine wöchentlich mehr als 100 Ganzzüge von und nach Hamburg, Bremerhaven, Duisburg, Antwerpen, Rotterdam, Koper, Rijeka, Novi Sad, Bludenz, Hall, Budapest, Debrecen, Parma und Sopron abgewickelt. Ebenso werden jährlich rund 200.000 LKWs abgefertigt. Der Containerterminal verfügt unter anderem über 8.000 Standardcontainer<sup>10</sup> Stellplätze.

Die *ÖBB Infrastruktur AG* steht zu 100 % im Eigentum der *ÖBB Holding AG*, welche zu 100 % im Eigentum der *Republik Österreich* steht. *WienCont* wird mittelbar von der *Stadt Wien* gehalten.

Der – zunächst unstrittige – sachlich relevante Markt betrifft Umschlagsdienstleistungen für „Intermodale Transporteinheiten“ (im weiteren: „ITE“), also Container, Sattelaufleger und Wechsellaufbauten, die in dieser Form von einem Waggon, Schiff, LKW und allenfalls Flugzeug auf ein anderes Fahrzeug (das jedoch dasselbe Verkehrsmittel sein könnte, beispielsweise bei Zusammenstellung von Zügen oder Umladen von Schiffen) umgeladen werden können.

Strittig ist hingegen der räumlich relevante Markt. Während die Zusammenschlusswerber von einem Markt mit einem Radius von 250 km ausgehen, beträgt dieser nach Ansicht der Amtsparteien 70 bis maximal 150 km, wodurch sich Marktanteile von deutlich über der gesetzlichen Vermutungsschwelle von 30% Marktanteil ergeben hätten.

Der BKA<sup>n</sup>w relevierte ebenfalls die Problematik der vertikalen Integration, werden doch vom Hafen Freudenu Ganzzüge zahlreicher Wettbewerber der im Güterverkehr mit mehr als 60% Marktanteil<sup>11</sup> immer noch dominierenden *ÖBB Railcargo* beladen.

Das KG bestellte einen Gutachter, dessen Gutachten zum Zeitpunkt der Berichtslegung noch nicht vorlag.

<sup>9</sup> BWB/Z-3304/2; 27 Kt 17/16a, 27 Kt 18/16y (zum Zeitpunkt der Berichtslegung noch anhängig).

<sup>10</sup> Unter „Standardcontainer“ wird die international gebräuchliche Einheit ist die „Twenty-foot Equivalent Unit“ (TEU) verstanden, die einem etwa 6 Meter, etwa 2,5 Meter breiten und etwa 2,6 meter hohen Container mit einer maximalen Gesamtmasse von rund 20 Tonnen entspricht.

<sup>11</sup> Vgl. *SchienenControl*, Jahresbericht 2015 Seite 44f.

### 3. GELDBUSSENVERFAHREN

#### 3.1 BWB, BKA<sup>n</sup>w / *Europapier*<sup>12</sup>

Das Verfahren wurde zwar im Jahr 2016 beendet, die wesentlichen Entwicklungen fanden aber bereits im Jahr 2015 statt, weshalb nochmals kurz die komplexe Genese dieses Falls dargestellt werden soll:

Im März 2015 trat der größte österreichische Papiergroßhändler, *Europapier*, mit dem Wunsch nach Voranmeldegesprächen über einen möglichen Erwerb des zweitgrößten Papiergroßhändlers, *Papernet*, an BWB und BKA<sup>n</sup>w heran. Beide Amtsparteien signalisierten deutlich, dass ein Erwerb von *Papernet* wettbewerbliche Bedenken auslösen würde und im Fall einer Zusammenschlussanmeldung mit einer Phase II-Prüfung zu rechnen sei.

Aufgrund dieser Gespräche modifizierte *Europapier* den Zusammenschluss dahingehend, dass lediglich ein Bereich "Werbetechnik" von der – zwischenzeitlich in einem Sanierungsverfahren<sup>13</sup> befindlichen – *Papernet* übernommen werden sollte. Dieser Zusammenschluss wurde im Juni 2015 unter BWB/Z-2695 (*Europapier International AG; Geschäftsbereich Werbetechnik von PaperNet GmbH*) mit dem Hinweis angemeldet, dass der Verkauf dieses Geschäftsbereiches die Fortführung des "restlichen Teils" finanzieren werde. Da *Europapier* tatsächlich keine Tätigkeit in diesem Geschäftsbereich aufwies, wurde der Zusammenschluss unter der Annahme freigegeben, dass es zu keinerlei Marktanteilsaddition im Bereich Papier-Großhandel komme.<sup>14</sup>

Kurz nach Genehmigung des Zusammenschlusses "Werbetechnik" zog der Masseverwalter im Juli den Sanierungsplan zurück; *Europapier* meldete Ende Juli 2015 sodann auch die Übernahme von Schlüsselpersonal von *Papernet* und verschiedener Assets an (BWB/Z-2751, *Europapier International AG; PaperNet GmbH*). Die BWB stellte einen Prüfungsantrag, dem sich der BKA<sup>n</sup>w in enger Abstimmung anschloss und seinerseits ergänzte, dass es letztendlich nur einen einzigen Vertrag zwischen Masseverwalter und *Europapier* gegeben habe, der neben dem Bereich "Werbetechnik" auch Immaterialgüterrechte sowie Geschäfts- und Betriebsausstattung aus dem Bereich "Papiergroßhandel" enthalten habe. Aus Sicht des BKA<sup>n</sup>w handelte es sich folglich um einen einheitlichen Erwerbsvorgang oder jedenfalls um zwei gegenseitig bedingte Erwerbsvorgänge.

In seinem Beschluss<sup>15</sup> schloss sich das KG diesen Ansichten im Wesentlichen<sup>16</sup> an und kam zum Ergebnis, dass entweder ein einheitlicher Erwerbsvorgang für Werbetechnik und Papiergroßhandel vorliege, der nur zum Teil Gegenstand der Anmeldung "Werbetechnik" gewesen sei, oder dass die Übernahme von 4 Vertriebsmitarbeitern des Zielunternehmens (von insgesamt 17 Mitarbeitern) keinen eigenen anmeldebedürftigen Vorgang darstelle, weshalb in beiden Fällen die Zusammenschlussanmeldung und damit auch die Prüfungsanträge zurückzuweisen seien.

<sup>12</sup> KG 18.10.2016, 29 Kt 14/16z, 29 Kt 15/16x.

<sup>13</sup> LG Wiener Neustadt, 10 S 35/15y, bekannt gemacht am 30.4.2015.

<sup>14</sup> BWB/Z-2695/2, *Europapier International AG; Geschäftsbereich Werbetechnik von PaperNet GmbH*; Freigabe in Phase I mit Wirkung 9.7.2015.

<sup>15</sup> KG 6.10.2015, 29 Kt 44,45/15.

<sup>16</sup> Vgl KG 6.10.2015, 29 Kt 44,45/15 (FN 3), insbesondere RN 14 ff (abgerufen am 24.8.2016 <http://edikte.justiz.gv.at/edikte/ek/ekedi17.nsf/alldoc/314b3771b7a6d88fc1257ffb00427592!OpenDocument>).

In weiterer Folge beehrte die Zusammenschlusswerberin in einem an das KG gerichteten Antrag vom Dezember 2015 die Feststellung, dass ihre Anmeldung § 10 KartG entsprochen und sie nicht gegen das Durchführungsverbot gemäß § 17 KartG verstoßen habe. Das KG wies diesen Feststellungsantrag zurück und stellte in seinem Beschluss<sup>17</sup> fest, dass die Zusammenschlusswerberin nicht eine Vorwegabklärung anstrebe, ob ein Zusammenschluss anmeldepflichtig sei, sondern vielmehr die unzulässige Feststellung, dass ihr bereits in der Vergangenheit gesetztes Verhalten § 10 KartG entsprochen habe. Der Antrag ziele letztendlich darauf ab, die Amtsparteien in ihrer Möglichkeit, einen Geldbußenantrag zu stellen, zu beschränken. Der dagegen von der Gegenseite aufgerufene OGH als KOG bestätigte in seinem Beschluss das KG.<sup>18</sup>

Zu Beginn des Jahres 2016 stellten BWB sowie BKANw in enger Abstimmung Geldbußenanträge. Das KG verhängte wegen unrichtiger Angaben in einem Zusammenschlussverfahren eine Geldbuße in Höhe von 750.000 Euro<sup>19</sup>.

### **3.2 Stellung des BKANw als Amtspartei in Geldbußenverfahren der BWB**

Im Kalenderjahr 2016 hat die BWB insgesamt 11 Geldbußenanträge beim KG eingebracht; viele dieser Verfahren wurden im Wege einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlement“) erledigt. Die Amtspartei BKANw beteiligte sich bei all diesen Verfahren schon im Vorfeld in konstruktiver Weise mit besonderem Augenmerk auf eine transparente und nachvollziehbare Bemessung der Geldbußen.

## **4. RECHTSMITTELVERFAHREN DES BKANw**

### **4.1 *Novomatic AG; Casinos Austria Aktiengesellschaft; Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H.***<sup>20</sup>

Die Anmelderin rekurrierte gegen die Untersagungsentscheidung des KG<sup>21</sup> (siehe oben 2.1) und machte geltend, dass das Verfahren mangelhaft geblieben sei, weil sie nicht bis zum Ende der Entscheidungsfrist die Gelegenheit gehabt hätte, ihre Auflagenvorschläge nachzubessern. Darüber hinaus wären wesentliche Sachanträge übergangen worden. In rechtlicher Hinsicht wäre das Zusammenschlussvorhaben zu genehmigen, weil aufgrund der Regulierung des Glücksspielgesetzes im Markt gar kein Wettbewerb stattfindet, sondern sich dieser vielmehr lediglich um den Markt abspiele. Der BKANw wies in seiner Rekursbeantwortung darauf hin, dass die Anmelderin die behaupteten Verfahrensmängel nicht ausreichend dargelegt hätte. Rechtlich vertrat er den Standpunkt, dass das Bestehen von Regulierung im öffentlichen Recht die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle nicht ausschließe, sondern die Wettbewerbsregeln anwendbar blieben, soweit im Rahmen der Regulierung Raum für Wettbewerb bestehe. Das KOG folgte dem in seiner Entscheidung und gab dem Rekurs nicht Folge<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> KG 7.1.2016, 27 Kt 60/15.

<sup>18</sup> KOG 7.7.2016, 16 Ok 2/16d.

<sup>19</sup> KG 18.10.2016, 29 Kt 15/16x.

<sup>20</sup> KOG 21.12.2016, 16 Ok 11/16b.

<sup>21</sup> KG 26.8.2016, 24 Kt 3/16w, 4/16t.

<sup>22</sup> KOG 21.12.2016, 16 Ok 11/16b.

Gleichsam ein - über die Bedeutung im konkreten Fall weit hinausreichendes - „Zwischenverfahren“ wurde zur Frage der materiellen Parteistellung der Zielgesellschaft im Fusionskontrollverfahren geführt: Das KG folgte der Rechtsansicht des BKA<sup>n</sup>w und gab dem Antrag der CASAG auf Einsicht in den Gerichtsakt (vorläufig auf das Gutachten des Gerichtsgutachters beschränkt) statt, weil das Zielunternehmen materielle Verfahrenspartei sei. Den dagegen von der Anmelderin und der BWB erhobenen Rekursen gab das KOG nicht Folge<sup>23</sup>: Zwar sei unzweifelhaft, dass dem Zielunternehmen keine formelle Parteistellung zukomme, es sei aber in Literatur und Judikatur anerkannt, dass auch im Kartellverfahren der materielle Parteibegriff des subsidiär anwendbaren § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG zur Anwendung komme. Zu berücksichtigen sei auch, dass die künftige Stellung des Zielunternehmens wesentlich vom Ausgang des Zusammenschlussverfahrens und der Frage, ob der Anmelder eine kontrollierende Beteiligung erwerben darf, abhängt.

#### **4.2 Austria Asphalt GmbH & Co OG; TEERAG-ASDAG AG; Asphaltmischanlage Mürzzuschlag<sup>24</sup>**

Wie bereits im Tätigkeitsbericht 2015 dargestellt, wurde im August 2015 der Erwerb einer 50%-Beteiligung an der (bestehenden) *Asphaltmischanlage Mürzzuschlag* durch *Austria Asphalt GmbH & Co OG*, einer Tochter der *STRABAG SE-Gruppe* von der derzeitigen Alleineigentümerin *TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft*, einer Tochter des *PORR-Konzerns*, als Zusammenschluss angemeldet.

Das Zielunternehmen selbst produziert Asphaltmischgut vorwiegend für seine Muttergesellschaft (in den letzten Jahren auch für die Erwerberin). Dessen Umsatz liegt mit rund 3,2 Mio. Euro deutlich unter der Anmeldeschwelle für Zusammenschlüsse, die Anmeldepflicht ergibt sich jedoch aus der Zurechnung der Umsätze der Muttergesellschaften.

Der BKA<sup>n</sup>w beantragte die Prüfung des Zusammenschlusses. Unter anderem ausschlaggebend dafür war, dass zur selben Zeit das deutsche Bundeskartellamt – aufgrund von im Rahmen einer Sektoruntersuchung Walzasphalt<sup>25</sup> festgestellten Wettbewerbsverzerrungen<sup>26</sup> – den dort größten vier Eigentümern deutscher Asphaltmischwerke die Entflechtung<sup>27</sup> der Werke aufgetragen hatte.

<sup>23</sup> KOG 12.10.2016, 16 Ok 9/16h.

<sup>24</sup> BWB/Z-2754; KG 6.10.2015, 29 Kt 48/15.

<sup>25</sup> *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Walzasphalt (2012) ([http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile)) (abgefragt am 10.8.2016).

<sup>26</sup> Das Bundeskartellamt untersuchte bei der Sektoruntersuchung Walzasphalt Unternehmensverflechtungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen insbesondere der „Großen Vier“ („G4“) des deutschen Asphaltmarktes, die insgesamt an 405 von 541 Asphaltmischwerken beteiligt waren, was einem Anteil von 75% mit weitgehend entsprechenden Anteilen am Umsatz und Absatz entsprach. Auch hielten diese G4 über Beteiligungen mit Dritten weitere 16,6% der deutschen Asphaltmischwerke. Während der durchschnittliche Preis für Walzasphalt in Deutschland bei 39,96 Euro pro Tonne lag, waren die Verkaufspreise von Unternehmen mit G4-Beteiligung über dem Durchschnittspreis: Werke im Alleineigentum von G4-Unternehmen durchschnittlich um 8% über dem Durchschnittspreis, und je mehr G4-Unternehmen eine Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen halten, desto höher war der Preis. Gemeinschaftswerke ohne G4-Beteiligung sind hingegen 7% günstiger als der Durchschnittspreis. Werke im Alleineigentum von Dritten lagen durchschnittlich um 12,6% unter dem Durchschnittspreis.

<sup>27</sup> Siehe *Bundeskartellamt*, Bericht Entflechtungen (2015) ([http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung\\_Walzasphalt\\_Bericht\\_Entflechtungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Walzasphalt_Bericht_Entflechtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=3)) (abgefragt am 10.8.2016).



Das Verfahren vor dem KG konzentrierte sich in weiterer Folge jedoch auf die Frage, ob der Zusammenschluss überhaupt anmeldepflichtig ist, und wenn ja, ob dies nicht bei der Europäischen Kommission zu erfolgen hätte.

Der OGH als KOG legte mit Beschluss vom 31.3.2016<sup>28</sup> dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung (C-248/16, *Austria Asphalt*) vor:

*„Sind Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 der FKVO dahin auszulegen, dass im Fall des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen, wobei das vormals alleine kontrollierende Unternehmen weiterhin mitkontrollierend beteiligt bleibt, nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit aufweist?“*

Der BKANw hat im EuGH-Verfahren eine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Das Verfahren vor dem EuGH ist anhängig.

### **4.3 Rekurs des BKANw zu *PremiQaMed Holding GmbH; Goldenes Kreuz Privatklinik Betriebs GmbH*<sup>1</sup>**

Das KG hatte in seinem Beschluss<sup>29</sup> ausgeführt, dass durch die Verstärkung der vertikalen Integration auf horizontaler Ebene eine marktbeherrschende Stellung entstünde oder diese verstärkt werde und die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung nach § 4 Abs 2 Z 1 KartG von den Antragsgegnerinnen nicht entkräftet worden sei. Da jedoch durch den Zusammenschluss der Eintritt von Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, zu erwarten sei und damit der Rechtfertigungsgrund nach § 12 Abs 2 Z 1 KartG vorläge, wurde der Zusammenschluss unter Auflagen genehmigt.

Weil aus Sicht des BKANw die im Beschluss des KG dargestellten positiven Effekte des Zusammenschlusses keine „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ iSd § 12 Abs 2 Z 1 KartG darstellen würden und im Übrigen durch den KG-Beschluss die Wettbewerbsstruktur nicht geschützt werde, sondern vielmehr die Monopolrenditen zwischen den Konzernunternehmen und den wenigen Wettbewerbern auf dem Wiener Markt für Belegspitäler aufgeteilt werden, erhob der BKANw Rekurs gegen diesen Beschluss.

Der OGH als KOG gelangte jedoch in seinem abweisenden Beschluss<sup>30</sup> zum Ergebnis, dass – anders als das Erstgericht, das diese Frage nicht geprüft hatte - die verfügten Auflagen bereits zu einer Beseitigung des Untersagungsgrundes nach § 12 Abs 1 Z 2 KartG führen würden, weshalb die „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ iSd § 12 Abs 2 Z 1 KartG gar nicht zu prüfen gewesen waren.

### **4.4 Stellungnahmen**

Der BKANw begleitete neben den von ihm selbst initiierten Verfahren auch solche, die von der BWB oder dritter Seite (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG) eingeleitet wurden und äußerte sich in solchen Verfahren mehrfach als Vertreter des öffentlichen Interesses mittels entsprechenden Stellungnahmen.

<sup>28</sup> KOG 31.3.2016, 16 Ok 1/16g.

<sup>29</sup> KG 9.2.2016, 27 Kt 2/16w, 27 Kt 3/16t; siehe auch oben Punkt 2.1.

<sup>30</sup> KOG 7.7.2016, 16 Ok 5/16w, *Privatklinik*.

## **5. LEGISLATIV-STELLUNGEN**

### **5.1 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (KaWeRÄG 2017)**

Der BKAAnw hat nicht nur als „Stakeholder“ an der Arbeitsgruppe für das KaWeRÄG 2017 teilgenommen, sondern er beteiligte sich auch an dem formalen Begutachtungsverfahren.

### **5.2 Strafprozessrechtsänderungsgesetz II 2016<sup>31</sup>**

Mit dem „Strafrechtlichen Kompetenzpaket“ (BGBl I 2010/108) wurde neben allgemeinen Bestimmungen zu Kronzeugen im Strafverfahren auch § 209b StPO eingeführt.

Danach hat der BKAAnw abzuwägen, ob 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.

Der zeitliche Geltungsbereich war allerdings bis 31.12.2016 befristet. Der BKAAnw sprach sich für die Beibehaltung dieser Bestimmung aus. Mit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz II 2016 wurde neben einigen inhaltlichen Modifikationen die Geltung des § 209b StPO nunmehr bis Ende 2021 verlängert.

---

<sup>31</sup> Strafprozessrechtsänderungsgesetz II 2016, BGBl I 2016/121.

## 6. VERBRAUCHERBEHÖRDEN-KOOPERATION

Ein weiterer wesentlicher Teil der Tätigkeit des BKA<sup>n</sup>w bestand auch im Jahr 2016 in der Vollziehung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes<sup>32</sup>.

Das Schwergewicht der an den BKA<sup>n</sup>w im Rahmen seiner Aufgaben herangetragenen Verfahren im Bereich der Behördenkooperation lag in der Durchsetzung von Fällen aufgrund der Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>33</sup>. Der BKA<sup>n</sup>w stellte im Berichtszeitraum fünf Durchsetzungsersuchen und erhielt selbst ein Informationsersuchen. In einem noch offenen Verfahren musste nach mehrmaliger fruchtloser Aufforderung zur Verbesserung eine mit Vertragsstrafe besicherte Unterlassungserklärung erwirkt werden.

Ebenso wurde in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission und der Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz einen „Sweep“, d.h. eine europaweite systematische Überprüfung von Webseiten einer bestimmten Kategorie auf Verstöße gegen europäisches Verbraucherrecht<sup>34</sup>, durchgeführt. Dabei war es ein wesentliches Anliegen, die Auswahl der überprüften Webseiten von deren wirtschaftlicher Relevanz und der Anzahl der bekannten Beschwerden abhängig zu machen.

Der BKA<sup>n</sup>w erhielt im Jahr 2016 22 sogenannte „Warnmeldungen“ aus Deutschland, Irland, Belgien und Spanien, deren Bedeutung für österreichische Konsumenten jeweils geprüft wurde.

---

<sup>32</sup> Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG) BGBl I 2006/148 idgF.

<sup>33</sup> Richtlinie (EU) 2011/83 (ABl 2011 L 304/64).

<sup>34</sup> Für weitere Informationen siehe [http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweeps/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweeps/index_en.htm) (abgefragt am 23.8.2016).