



**REPUBLIK ÖSTERREICH  
BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE**

Der Generaldirektor  
für Wettbewerb

# Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde

## 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2006

o. Univ.Prof.Dr.Dr. Walter Barfuß

A-1020 Wien, Praterstraße 31

Tel: +43 1 245 08-0, Fax: +43 1 587 42 00, [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at)

DVR: 2108335

## Inhaltsübersicht

<b>I.</b>	<b>ALLGEMEINES</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>BUDGET</b>	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>PERSONALSITUATION</b>	<b>8</b>
<b>IV.</b>	<b>INTERNE AUSBILDUNG</b>	<b>12</b>
<b>V.</b>	<b>ABGESCHLOSSENE RECHNUNGSHOFPRÜFUNG</b>	<b>13</b>
<b>VI.</b>	<b>KARTELLBEHÖRDENORGANISATION</b>	<b>15</b>
<b>VII.</b>	<b>AKTENANFALL</b>	<b>18</b>
1.	Aktenanfall 2005	18
2.	Aktenanfall erstes Halbjahr 2006	18
<b>VIII.</b>	<b>AUFGABENUMFANG</b>	<b>22</b>
<b>IX.</b>	<b>AUßERGERICHTLICHE VERFAHREN / COMPETITION ADVOCACY (AUSWAHL)</b>	<b>23</b>
1.	Honorarordnungen ("Unverbindliche Verbandsempfehlungen" / UVE)	23
2.	Sonstige außergerichtliche Verfahren	25
<b>X.</b>	<b>BRANCHENUNTERSUCHUNGEN</b>	<b>35</b>
1.	Elektrizität: Wettbewerbsbelebungs paket der Elektrizitätswirtschaft	35
2.	Gaswirtschaft	38
3.	Lebensmittelhandel	47
<b>XI.</b>	<b>VERFAHREN VOR DEM KARTELLGERICHT (AUSWAHL)</b>	<b>50</b>
1.	Zusammenschlüsse	50
2.	Kartelle und Marktmachtmissbräuche	62
3.	Verfahrensfragen	68

<b>XII.</b>	<b>LAUFENDE ERMITTLUNGEN (AUSWAHL)</b>	<b>74</b>
<b>XIII.</b>	<b>HAUSDURCHSUCHUNGEN</b>	<b>77</b>
<b>XIV.</b>	<b>BISHERIGE ERFAHRUNGEN MIT DEN GESETZESÄNDERUNGEN ZUM 1.1.2006</b>	<b>78</b>
1.	KartG 2005 und WettbGNov 2005 – Erste Erfahrungen	78
2.	Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006	80
3.	Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz - VBKG	80
<b>XV.</b>	<b>INTERNATIONALES</b>	<b>81</b>
1.	Besuch einer Delegation des EP	81
2.	European Competition Network (ECN)	81
3.	OECD Wettbewerbskomitee	82
4.	European Competition Authorities (ECA)	83
5.	CECI (Central European Competition Initiative)	84
6.	Praktikum bei der Europäischen Kommission / Generaldirektion Wettbewerb	84
7.	ACE (Association of Competition Economics)	84
<b>XVI.</b>	<b>LEGISTIK</b>	<b>86</b>
<b>XVII.</b>	<b>TRANSPARENZ / PUBLIZITÄT</b>	<b>88</b>
<b>XVIII.</b>	<b>AUSBLICK</b>	<b>90</b>

# I. Allgemeines

1. Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) verweist zunächst auf ihre Tätigkeitsberichte vom 30.6.2003, 17.5.2004 und 28.7.2005, welche sie vollinhaltlich aufrechterhält.
2. Was die Organisation und den Aufgabenbereich der BWB betrifft, wird schlagwortartig nochmals kurz zusammengefasst und um Neuerungen während der Berichtszeit ergänzt:

- Die BWB ist monokratisch organisiert und per Verfassungsbestimmung weisungsfrei und unabhängig gestellt. Insgesamt erfüllt sie ihrer gesetzlichen Konstruktion nach die Anforderungen, die an ein "Tribunal" im Sinne des Artikel 6 EMRK zu stellen sind.
- Die BWB ressortiert zum Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit; sie hat keine eigene Finanz- und Personalhoheit.
- Die BWB ist vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit disloziert, nämlich im Galaxy Tower, tätig.
- Die BWB ist aufgrund österreichischer und europäischer Rechtsvorschriften Aufgriffs-, Ermittlungs-, Ordnungs- und Antragsbehörde in allen Wettbewerbsangelegenheiten sowohl österreichischer als auch europäischer Natur. In diesem Zusammenhang ist sie, abgestellt auf das in Österreich bestehende verwaltungsbehördlich-zivilgerichtliche Mischsystem der Organisation der Wettbewerbsbehörden, Amtspartei dann, wenn es im Einzelfall auch zu einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht bzw. dem Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht kommt.

Darüber weit hinausgehend hat sie "funktionierenden Wettbewerb und eine die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und den Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren ..... währende Anwendung des KartG ..... sicherzustellen". Sie ist grundsätzlich "die für die Durchführung der europäischen Wettbewerbsregeln .... zuständige österreichische Behörde". Sie hat

die Europäische Kommission zu unterstützen und mit ihr zusammenzuwirken.

- Die BWB hat im innerstaatlichen Bereich - extrem bescheiden gebliebene - verwaltungsbehördliche Funktionen und Aufgaben unter Anwendung des AVG.
- Die Aufgaben der BWB sind im einzelnen sowohl der Art als auch der Menge nach - vor allem seit 1.5.2004 - geradezu uferlos geworden; z.B.:
  - Notifikationspflichten gegenüber der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb);
  - Amtshilfe für Schwesterbehörden im "Netzwerk" der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten der EU (Ermittlungshandlungen, Auskunftsverlangen, Hausdurchsuchungen etc.);
  - Übermittlung aller einschlägigen österreichischen Urteile an die Europäische Kommission;
  - Wahrnehmung der Funktion als amicus curiae vor österreichischen (Zivil)Gerichten;
  - Informationsaustausch aktiv und passiv mit allen 25 Schwesterbehörden, insbesondere Informationen über Kronzeugen (Verwaltungsübereinkommen vom April 2004);
  - Teilnahme an den 3 Arbeitsgruppen des European Competition Network und den 15 Untergruppen;
  - Mitwirkungspflichten im Rahmen der europäischen Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004;
  - Mitbestimmungsrecht an Entscheidungen der Europäischen Kommission durch Teilnahme an Sitzungen des Beratenden Ausschusses und Anhörungen im Verfahren der Europäischen Kommission;
  - Assistenzleistung für die Europäische Kommission bei Hausdurchsuchungen in Österreich;
  - Mitwirkung in allen Verfahren der Europäischen Kommission (Fusions-, Kartell- und Missbrauchsverfahren);
  - Teilnahme an allen legislativen Ausschüssen über europäische Gesetzesvorhaben (Gruppenfreistellungsverordnungen etc.);

- Besuche (Botschafter, Generaldirektoren, Fallbearbeiter etc.) sowie Beantwortung von Anfragen offizieller und informeller Art eigenständiger Behörden, insbesondere nationaler Wettbewerbsbehörden (weit über die Mitgliedsstaaten der EU hinaus), und in- und ausländischer Stellen verschiedenster Art;
- (Seit 1.1.2006) Antragslegitimation nach § 7 Abs. 2 des "Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen";
- (Seit 28.6.2006) aktive Klagslegitimation nach dem "Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb" (UWG).

## II. Budget

Das im Bundesfinanzgesetz für die BWB vorgesehene Budget beträgt für das Jahr 2006 € 1,445 Mio. (zum Vergleich: Bundesvoranschlag 2004 € 1,415 Mio.), davon sind € 0,7 Mio., also etwa die Hälfte, für den Personalaufwand vorgesehen.

Das Dienstreisebudget für die für die Arbeit der BWB notwendigen Auslandsdienstreisen beträgt € 50.000,-, das Ausbildungsbudget € 4.000,-, das Budget für Bewirtungen € 1.330,- (alle Angaben für 2006).

Im ersten Halbjahr 2006 (Stichtag 16.6.2006) wurden durch die per 1.1.2006 eingeführte Anmeldegebühr in Zusammenschlussverfahren (in Form einer Pauschalgebühr von € 1.500,- pro Anmeldung) insgesamt € 169.500,- auf ein Konto des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (lautend auf Bundeswettbewerbsbehörde) eingezahlt, wovon ein Neuntel dem Bundesministerium für Justiz überwiesen wurde (§ 10a Abs. 1 WettbG).

### III. Personalsituation

Der vorliegende Bericht beschränkt sich weitestgehend auf Ziffern und Zahlen:

1. Die Entwicklung des effektiven Personalstandes der BWB, also der Summe der Bediensteten, die zum jeweiligen Stichtag in der BWB zur Dienstleistung tatsächlich zur Verfügung standen, wobei also vom nominellen (rein theoretischen) Stand Bedienstete auf Job-Rotation, Karenz oder Mutterschutz (Urlaube, Dienstreisen, Krankenstände und dgl. bleiben jedoch selbstverständlich unberücksichtigt) abgezogen wurden, stellt sich wie folgt dar:

Tabelle 1: Personalstand

	<b>Fallbearbeiter</b>	<b>Administration</b>	<b>Temporäre Kräfte (Praktikanten etc.)</b>	<b>SUMME</b>
01.07.2005	<b>16,9</b>	7,1	1	25,0
01.08.2005	<b>17,9</b>	7,1	2	27,0
01.09.2005	<b>17,9</b>	7,1	3	28,0
01.10.2005	<b>17,9</b>	7,0	2	26,9
01.11.2005	<b>17,9</b>	7,0	2	26,9
01.12.2005	<b>18,9</b>	7,0	1	26,9
01.01.2006	<b>17,9</b>	7,0	0	24,9
01.02.2006	<b>16,9</b>	7,0	0	23,9
01.03.2006	<b>16,9</b>	7,0	0	23,9
01.04.2006	<b>17,9</b>	7,0	0	24,9
01.05.2006	<b>17,9</b>	7,0	1	25,9
01.06.2006	<b>16,9</b>	7,0	1	24,9

**Erläuterung:** Vom nominellen Stand werden Bedienstete auf Job Rotation, Karenz oder Mutterschutz abgezogen; Urlaube, Dienstreisen, Krankenstände u dgl. bleiben unberücksichtigt. Quelle: Aufzeichnungen BWB.

2. Im Stellenplan des Bundesfinanzgesetzes sind bzw. waren jeweils folgende Planstellen vorgesehen:

Tabelle 2: Planstellen

	Fallbearbeiter	Administration			Summe
	A1/v1	v2	A3/v3	A4/v4	
Bundesfinanzgesetz <b>2003</b>	<b>13</b>	1	2	3	19
Bundesfinanzgesetz <b>2004</b>	<b>17</b>	1	3	3	24
Bundesfinanzgesetz <b>2005</b>	<b>17</b>	1	3	4	25
Bundesfinanzgesetz <b>2006</b>	<b>17</b>	1	3	4	25

**Erläuterung:** Fallbearbeiter einschließlich Generaldirektor, Geschäftsstellenleiter. Quelle: Bundesfinanzgesetze; unterjährige Änderungen unberücksichtigt.

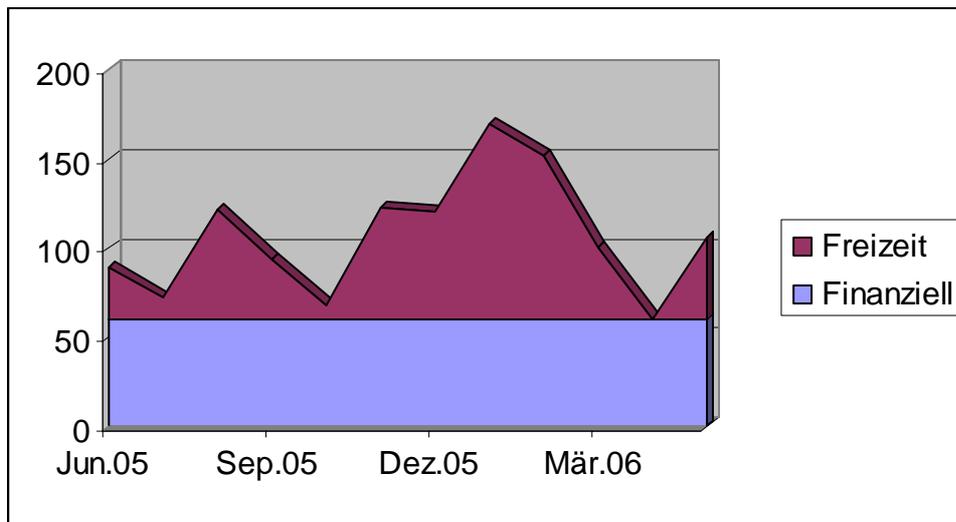
3. Die Überstundensituation stellt sich wie folgt dar:

Tabelle 3: Überstunden

	Finanziell	Freizeit	Summe
Juni 05	60	29	89
Juli 05	60	12	72
August 05	60	62	122
September 05	60	34	94
Oktober 05	60	8	68
November 05	60	63	123
Dezember 05	60	61	121
Jänner 06	60	110	170
Februar 06	60	92	152
März 06	60	41	101
April 06	60	0	60
Mai 06	60	46	106

**Erläuterung:** Überstunden von Sachbearbeitern; ohne zeitliche Mehrleistungen von GD, GSL und - aus rechtlichen Gründen - zweier anderer Sachbearbeiter. "Finanziell": Nach den besoldungsrechtlichen Vorschriften, d.h. finanziell abzugeltende, angeordnete Überstunden (§ 49 Abs. 4 Z 2 BDG). "Freizeit": In Freizeit auszugleichende, angeordnete Überstunden (§ 49 Abs. 4 Z 1 BDG). Quelle: Zeiterfassung.

Diagramm 1: Graphische Übersicht der Überstunden



- Aufgrund des institutionellen Missverhältnisses zwischen zu bewältigenden Aufgaben und tatsächlich zur Verfügung stehenden Personalressourcen ergibt sich laufend die Notwendigkeit der Anordnung von Überstunden.
  - Nur für ca. 56% dieser von Referenten geleisteten Überstunden besteht die Möglichkeit der "Abgeltung nach den besoldungsrechtlichen Vorschriften", d.h. Bezahlung. Der andere Teil der Überstunden (ca. 44%) ist (im Verhältnis von 1:1,5) in Freizeit auszugleichen, was - sobald tatsächlich auch nur etwas intensiver praktiziert - zu sachlich nicht akzeptablen Engpässen (= Leistungseinschränkungen) führt.
  - Aus dem Titel dieses Freizeitausgleichs verfügen die in Betracht kommenden Mitarbeiter insgesamt über Zeitguthaben in Höhe von über 1500 Stunden, d.h. ca. 9 Mannmonaten. Würden diese Guthaben tatsächlich konsumiert, wäre die BWB praktisch "blockiert", zumal die größten Zeitguthaben selbstverständlich bei den Leistungsfähigsten festzustellen sind.
4. Die personelle Ausstattung der BWB ist - trotz weiterer Verbesserungen während der Berichtszeit - quantitativ stark verbesserungsbedürftig; sie hält einem - noch so zurückhaltend "geformten" - Vergleich mit Wettbewerbsbehörden anderer europäischer Staaten nicht bloß in einem extremen Ausmaß nicht stand, sondern sie ist sachlich der Art und dem Umfang der Aufgaben der BWB, wenn

man die gesetzlichen Aufträge und deren Erfüllung ernst nimmt, nicht angemessen.

## IV. Interne Ausbildung

Auch während der Berichtszeit wurde das von der BWB betriebene interne Ausbildungsprogramm für ihre Mitarbeiter weitergeführt. Die Kosten dafür (2006 etwa € 4.400,-) werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit als Sachaufwand der BWB getragen.

Im Detail handelt es sich um folgende - teilweise bereits durchgeführte, teilweise konkret geplante - Ausbildungsmaßnahmen:

1. Vernehmungstechnik (Sicherheitsakademie des Bundesministerium für Inneres; 2. und 3.11.2005);
2. Kollektive Marktbeherrschung im Gemeinschaftsrecht unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane, ökonomischer Gesichtspunkte und der Bedeutung für Netzwerkindustrien. (Univ. Prof. Dr. Eilmansberger gemeinsam mit Dr. Schwarz [RTR-GmbH]; 3 Stunden am 21.11.2005);
3. Die "essential facility-Doktrin" unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung und ihrer Bedeutung für die Netzwerkindustrien. (Univ. Prof. Dr. Eilmansberger; 2 Stunden am 21.11.2005);
4. Kartellrechtliche Bedeutung von Rabatten und Koppelungsverträgen unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung. Aktuelle Rechtsprechung in der Missbrauchsaufsicht. (Univ. Prof. Dr. Eilmansberger; 2 Stunden am 22.11.2005);
5. Gesellschafts- und Konzernrecht, insbesondere Willensbildung und Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter (Univ. Prof. Dr. Artmann, 3 Stunden am 6.12.2005);
6. Ökonometrische Schätzungen von Nachfragefunktionen (Univ. Prof. Dr. Yurtoğlu; 10 Stunden am 12., 16., 23. und 29. 5.2006);
7. Vernehmungstechnik in der Praxis der Staatsanwaltschaft (Prof. Dr. Schön und Mag. Krakow 2 ½ Stunden am 16.6.2006);
8. Zur "UWG-Kompetenz der BWB" (Univ. Prof. Dr. Schuhmacher, 8 Stunden am 11. und 12.10.2006).

## V. Abgeschlossene Rechnungshofprüfung

Wie am 5.10.2004 im Wirtschaftsausschuss des Nationalrats bereits mündlich dargelegt, war schon am 22.3.2004 eine Rechnungshofprüfung der seit 1.7.2002 existierenden BWB eröffnet worden.

Der Bericht des Rechnungshofes (Endbericht) vom Oktober 2005 ist bekannt:

Es werden weit überwiegend - sachdienliche - Empfehlungen ausgesprochen, die sich an den Gesetzgeber richten. Die an die BWB und an den Bundeskartellanwalt gemeinsam gerichteten - drei - Empfehlungen sind leicht abzuhandeln:

- *"Die Tätigkeitsschwerpunkte der BWB und des Bundeskartellanwaltes sollten inhaltlich aufeinander abgestimmt werden."* (Nach übereinstimmender Rechtsauffassung der BWB und des Bundeskartellamts wären - sozusagen "vertragliche" - Kompetenzaufteilungen zwischen BWB und Bundeskartellanwalt schon aufgrund der Gesetzeslage unzulässig.)
- *"Zur effizienteren Gestaltung der Wettbewerbspolitik wären Indikatoren und Kennzahlen zu entwickeln."* (BWB und Bundeskartellanwalt sind - jedenfalls derzeit - schon allein aus Personalgründen nicht in der Lage, sich mit "Indikatoren und Kennzahlen" für eine "effizientere Gestaltung der Wettbewerbspolitik" zu befassen.)
- *"Mit den Regulatoren sollten Abstimmungsgespräche geführt werden, um die Zusammenarbeit zu optimieren."* (Fallbezogene Abstimmungsgespräche finden seit jeher - geradezu ausnahmslos - statt. Soweit es allerdings um allgemein gehaltene Abstimmungsgespräche geht, können diese nicht zuletzt auch aus Personalgründen nur sporadisch stattfinden; mit dem Telekomregulator und mit dem Energieregulator finden übrigens auch solche allgemeinen Abstimmungsgespräche seit jeher statt, und die BWB bindet auch den Bundeskartellanwalt ein.)

Irgendwelche Missstände (zumal solche, auf die von der BWB zu reagieren wäre) sind nicht hervorgekommen.

## VI. Kartellbehördenorganisation

1. Die "Rollenverteilung" sowohl auf europäischer Ebene als auch im nationalen österreichischen Bereich ist, was das Wettbewerbsrecht betrifft, extrem kompliziert. Es sei in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Darstellung im Tätigkeitsbericht der BWB vom 28.7.2005 (für die Periode 1.5.2004 bis 30.6.2005) verwiesen.
2. Immer größere Bedeutung bekommt das durch die VO (EG) Nr. 1/03 institutionalisierte und weitestgehend auch bereits formalisierte "Netzwerk" der europäischen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network / ECN), also der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten der EU, in welchem die Europäische Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) die Rolle eines "primus inter pares" spielt. Die nationalen Wettbewerbsbehörden haben ihre nationale Wettbewerbsordnungen und die europäische Wettbewerbsordnung - sozusagen dezentralisiert - zu vollziehen. Über den "Anwendungsvorrang" des Europäischen Gemeinschaftsrechts und über die starke Stellung der Europäischen Kommission (als "primus inter pares") gibt es für die europäischen Instanzen im Ergebnis sehr starke Einflussmöglichkeiten auf die Beurteilung wettbewerbspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Aktivitäten der nationalen Wettbewerbsbehörden. (Vgl. Kap. XV.2.)

Die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) und mit den Schwesterbehörden im Rahmen des "Netzwerkes" ist aufwändig, umfangreich und erfordert meist nicht bloß gute Sach- und Rechtskenntnisse, sondern oft auch "diplomatisches Geschick".

3. Auch die komplizierte "Rollenverteilung" in der österreichischen Wettbewerbsrechtsvollziehung ist bekannt (vergleiche Seiten 20 - 22 des Tätigkeitsberichtes der BWB vom 28.7.2005 für die Periode 1.5.2004 bis 30.6.2005).

4. Wie funktioniert die Zusammenarbeit in diesem insgesamt recht unübersichtlich gewordenen System aus der Sicht der BWB?

- Die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) wird immer intensiver und enger, und sie ist insgesamt eine sehr gute, wenngleich es (auch hier) gelegentlich notwendig ist, insbesondere in den Beratenden Ausschüssen, eine "deutliche Sprache zu sprechen".
- Ähnliches gilt für die Zusammenarbeit zwischen BWB und den nationalen Wettbewerbsbehörden anderer Staaten. Die Zusammenarbeit wird intensiver und schwieriger; sie erfordert oft auch viel Geduld und "diplomatisches Geschick".
- Die Zusammenarbeit mit dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht ist nach wie vor weitestgehend eine sehr gute. Das erforderliche "Leistungspensum" nimmt vor allem qualitativ zu, und es wird anhand der - wenn auch relativ wenigen - notwendigen Sachentscheidungen des Kartellgerichts (u.a.) völlig klar, dass - wie immer die Einbindung der Gerichtsbarkeit in den Wettbewerbsrechtvollzug gestaltet sein mag - immer ein "Sondergericht" sinnvoll ist: Das Erkennen, Verstehen und zutreffende Beurteilen der rechtserheblichen Sachverhalte ist im Bereich des Wettbewerbsrechts in ganz besonderem Maße weit schwieriger als das Erkennen und Lösen der Rechtsfragen. Ein "Kartellrichter" - welche Rolle immer ihm die jeweilige Kartellbehördenorganisation einräumen mag - bedarf vor allem ganz besonderer Sachkenntnisse, was den tatsächlichen Ablauf der "Wirtschaft" betrifft. Das - vor allem auf europäischer Ebene - derzeit propagierte Schlagwort von "more economics based approach" ist nicht zufällig entstanden.  
Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat vor allem während der Berichtszeit weitestgehend bewiesen, dass es völlig "up to date" ist.
- Die Rechtskontrolle des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht über das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht ist - aus Sicht der BWB - des öfteren ziemlich eng, nicht immer nachvollziehbar und gelegentlich sogar deutlich kritikwürdig.
- Die Wettbewerbskommission (WBK) hat weiterhin deutlich "Tritt gefasst". Der Meinungsaustausch zwischen BWB und WBK funktioniert sehr gut. Die WBK hielt in der Berichtszeit 23 Sitzungen ab. Im Zuge der Zusammenarbeit

gab es einen regelmäßigen Meinungsaustausch vor allem über anstehende Fusionsfälle, aber auch über andere wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Fragen und Fälle. Die Notwendigkeit formeller Empfehlungen hat daher für die WBK nicht bestanden; daher war auch kein Vorgehen der BWB nach § 17 Abs. 4 WettbG nötig. In zahlreichen informellen, persönlichen Kontakten zwischen BWB und WBK konnten in vielen Fällen die nötigen sachlichen Klärungen bereits im "Vorfeld" erfolgen.

- Wie für jedes Jahr, so hat die WBK auch für 2006 Vorschläge an die BWB für Schwerpunkte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben empfohlen. Diese Vorschläge bezogen sich auf folgende Bereiche und Märkte: Mineralöle, Treibstoffe und Lebensmitteleinzelhandel (fortgesetzt). Die BWB hat diese - ihr in der Sache durchaus richtig erscheinende - Empfehlung zur Kenntnis genommen. In der Realität musste sich die BWB freilich aufgrund gegebener Rahmenbedingungen weiterhin "nach der Decke strecken".
- Die Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellanwalt ist - wie seit jeher - besonders intensiv und in ihrer nahezu täglichen Kontaktnahme exzellent.
- Die Zusammenarbeit mit den Regulatoren ist sehr gut, insbesondere im Energiebereich und im Telekombereich.
- Mit den großen Sozialpartnerorganisationen und den sonstigen gesetzlichen beruflichen Interessensvertretungen bestehen weiterhin rege Kontakte. Konkrete Sach- und Rechtsprobleme werden gemeinsam erörtert und so weit wie möglich einer Lösung zugeführt.
- Die Zusammenarbeit mit anderen Behörden, insbesondere mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und den verschiedenen anderen Ressortministerien sowie mit (vor allem: Wiener) Polizeibehörden, insbesondere aber auch mit der Sicherheitsakademie beim Bundesministerium für Inneres (vgl. z.B. den Bericht "Wirtschaftsbehörde und Mediator" im Magazin des Innenministeriums, Öffentliche Sicherheit, Nr. 5-6/06, Seiten 139 ff., Beilage ./A), verläuft sehr gut.

./A

## VII. Aktenanfall

### 1. Aktenanfall 2005

Tabelle 4: Aktenanfall 2005

<b>Aktenanfall 1.1.2005 bis 31.12.2005</b>	<b>1.Qu.</b>	<b>2.Qu.</b>	<b>3.Qu.</b>	<b>4.Qu.</b>	<b>SUMME</b>
<b>FÄLLE national</b>					
Zusammenschlussfälle KartG 1988	74	91	106	102	373
Kartellfälle KartG 1988	3	2	6	5	16
Marktmachtmissbrauchsverfahren KartG 1988	7	6	13	8	34
Vertriebsbindungen	22	8	11	11	52
Unverbindliche Verbandsempfehlungen	3	0	3	0	6
Fälle diverses	4	38	4	5	51
<b>SUMME Fälle national</b>	<b>113</b>	<b>145</b>	<b>143</b>	<b>131</b>	<b>532</b>
<b>FÄLLE Europa</b>					
Kartell- und Marktmachtmissbrauch (EU)	10	12	10	22	54
Fusionsfälle (EU)	89	79	92	89	349
<b>SUMME Fälle Europa</b>	<b>99</b>	<b>91</b>	<b>102</b>	<b>111</b>	<b>403</b>
<b>SUMME Fälle</b>	<b>212</b>	<b>236</b>	<b>245</b>	<b>242</b>	<b>935</b>
<b>SONSTIGES</b>					
Administratives	28	16	9	12	65
Internationale Angelegenheiten	31	6	20	16	73
Legistik	3	6	4	6	19
OECD	3	4	1	1	9
Wettbewerbskommission	3	1	6	9	19
Diverses*	50	48	67	45	210
<b>SUMME Sonstiges</b>	<b>118</b>	<b>81</b>	<b>107</b>	<b>89</b>	<b>395</b>
<b>SUMME gesamt</b>	<b>330</b>	<b>317</b>	<b>352</b>	<b>331</b>	<b>1330</b>

### 2. Aktenanfall erstes Halbjahr 2006

Tabelle 5: Aktenanfall 1. Halbjahr 2006

<b>Aktenanfall 1.1.2006 bis 30.6.2006</b>	<b>1.Qu.</b>	<b>2.Qu.</b>	<b>3.Qu.</b>	<b>4.Qu.</b>	<b>SUMME</b>
<b>FÄLLE national</b>					
Zusammenschlussanmeldungen	64	66			130
Sonstige Zusammenschlussfälle**	25	10			35
Kartellfälle KartG	6	4			10
Marktmachtmissbrauchsverfahren KartG	6	5			11
Vertriebsbindungen	4	0			4
Unverbindliche Verbandsempfehlungen	0	2			2
Fälle diverses	10	13			23
<b>SUMME Fälle national</b>	<b>115</b>	<b>100</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>215</b>
<b>FÄLLE Europa</b>					
Kartell- und Marktmachtmissbrauch (EU)	10	10			20
Fusionsfälle (EU)	96	93			189
<b>SUMME Fälle Europa</b>	<b>106</b>	<b>103</b>			<b>209</b>
<b>SUMME Fälle</b>	<b>221</b>	<b>203</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>424</b>
<b>SONSTIGES</b>					
Administratives	23	8			31
Internationale Angelegenheiten	8	6			14
Legistik	16	6			22
OECD	2	1			3
Wettbewerbskommission	8	4			12
Diverses*	58	32			90
<b>SUMME Sonstiges</b>	<b>115</b>	<b>57</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>172</b>
<b>SUMME gesamt</b>	<b>336</b>	<b>260</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>596</b>

\* Angelegenheiten des Generaldirektors, Allgemeine wirtschaftliche Angelegenheiten u.a.

\*\* Vor Jahreswechsel beim Kartellgericht angemeldete Zusammenschlüsse, Pränotifikationsverfahren, verbotene Durchführungen etc.

### 3. Das allein zeigt bereits:

- Jährlich ca. 530 neue nationale Fälle, ca. 400 neue europäische Fälle und ca. 400 neue sonstige Fälle
- Also: Jährlich ca. 1330 / monatlich ca. 110 neue Akten
- Also: Steigerung gegenüber Vorperiode ca. 10%

Dazu kommen noch:

- Zahlreiche in Vor- und Nachbereitung sowie Durchführung notwendige zeitaufwändige Besprechungen zur Klärung wettbewerbsrechtlicher Probleme im "Vorfeld" oder zur Vermeidung kartellgerichtlicher Verfahren bzw. parallel zu solchen Verfahren.
- Informelle Sach- und Rechtsauskünfte an Privatpersonen, Unternehmen, Rechtsvertreter, Schwesterbehörden und Europäische Kommission, selbstverständlich oft nach (meist unter Zeitdruck stehender) Durchführung entsprechender Recherchen.
- Beschickung zahlreicher Arbeitsgruppen (Beratende Ausschüsse und sonstige internationale Gremien, insbesondere in EU und OECD).
- Vorträge und Veröffentlichungen zu Fragen des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik, hauptsächlich im Inland, teilweise aber auch im Ausland, als Beitrag der BWB zur (europäisch eingeforderten) Förderung der allgemeinen "competition culture". Die BWB bemüht sich auch hier, wenigstens einigermaßen präsent zu sein.
- Intensiv betriebenes Beraten, Informieren und Werben im Sinne des europaweit eingeforderten "Wettbewerbsprinzips". Es geht um mehr "Wettbewerbsbewusstsein", mehr "Wettbewerbsgesinnung" und um die sozusagen tagtägliche "competition advocacy" gegenüber Unternehmen, deren Organen und deren Beratern. Diese Dinge sind arbeitsintensiv und schwierig, bedürfen Kraft und Initiative, sind aber geeignet, Vertrauen in und Interesse an Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik (bei Betroffenen und bei einer breiteren - auch medialen - Öffentlichkeit) zu schaffen. (Die meisten dieser Aktivitäten finden selbstverständlich keinen Niederschlag in Aktenzahlen und Statistiken und laufen daher immer wieder Gefahr, "übersehen" zu werden.)

Also:

Für in der Berichtszeit 17 oder 18 (während des Dezembers 2005 "sogar" 19) Fallbearbeiter (inklusive Generaldirektor und Geschäftsstellenleiter) - eine im internationalen Vergleich verschwindend kleine Anzahl - hat es die BWB insgesamt mit einer nicht gerade kleinen Aufgabe zu tun; dabei ist auch noch z.B. an den meist massiven Zeitdruck, an Fristigkeiten und an die starke Heterogenität ("Allzuständigkeit" für alle

Branchen) und den damit teilweise verbundenen ausgeprägten Schwierigkeitsgrad und den Grad der Internationalität der zu erledigenden Aufgaben zu denken.

## VIII. Aufgabenumfang

Dazu bloß einige knappe Feststellungen:

- Die BWB ist nicht bloß "Amtspartei" in kartellgerichtlichen Verfahren. Sie ist darüber hinaus viel mehr ein "Wettbewerbswächter" / "Wettbewerbschüter", wie sie in den Medien oft "liebepoll" genannt wird, der in fast allen nur denkbaren wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbspolitischen Problemen von allen denkbaren Seiten in Anspruch genommen wird.
- Die BWB ist, branchenmäßig betrachtet, sozusagen "allzuständig", was bei gegebenen Rahmenbedingungen die prompte und zweckmäßige Bewältigung anstehender Aufgaben oft besonders schwierig macht.
- Die BWB steht oft bestens ausgestatteten und beratenen "Interessen" gegenüber, wenn sie bemüht ist, funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen (§ 1 Abs. 1 lit. a WettbewerbsG).
- Die folgenden Kapitel IX bis XIII sollen von all dem eine gewisse Vorstellung vermitteln.

## **IX. Außergerichtliche Verfahren / Competition Advocacy (Auswahl)**

### **1. Honorarordnungen ("Unverbindliche Verbandsempfehlungen" / UVE)**

Das (alte) KartG 1988 sah sogenannte "Unverbindliche Verbandsempfehlungen" vor. Diese durften zwar keine "Honorarordnungen" sein, also keine "Empfehlungen" zur Einhaltung bestimmter Preise oder Preisgrenzen mit anordnendem Charakter enthalten, faktisch jedoch gaben und geben zahlreiche Berufe und Berufsgruppen solche "Honorarordnungen" heraus, zumeist mit konkreten Preisen für Stundensätze oder ähnliches.

Seit dem 1.5.2004 ist auf derartige "Honorarordnungen" überdies zumeist EG-Wettbewerbsrecht (Artikel 81 Abs. 1 EG) anwendbar, das Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die konkrete Preise oder Preisgrenzen enthalten, untersagt - ebenso wie das seit 1.1.2006 geltende KartG 2005. Seit Jahren hat die Europäische Kommission (GD Wettbewerb) in Pilotentscheidungen derartigen Honorarordnungen bekämpft, zuletzt am 24.6.2004 gegen die Belgische Architektenkammer, die überdies mit einer Bußgeldzahlung von € 100.000,- belegt wurde<sup>1</sup>. Seit ihrem Bestehen ist die BWB gemeinsam mit der Europäischen Kommission bemüht, gegen Beschlüsse von Unternehmen(svereinigungen), die Preise oder Preisgrenzen "empfehlen", einzuschreiten. Das Kartellgericht/Kartellobergericht hat - auf Betreiben der BWB und des Bundeskartellanwaltes - Honorarordnungen untersagt<sup>2</sup>. Mit einigen Berufsverbänden konnten vor- bzw. außergerichtliche Lösungen erzielt werden, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

#### **a. Speditionsentgelte für Kaufmannsgüter**

Der Fachverband Spedition und Logistik trat Ende Juni 2005 mit der Bitte an den Bundeskartellanwalt und die BWB heran, die von ihren Experten überarbeitete Version der Unverbindlichen Verbandsempfehlung *Speditionsentgelte für Kaufmannsgüter*

---

<sup>1</sup> Vgl. die Homepage der Generaldirektion Wettbewerb, auf der die Entscheidung zu finden ist: [http://cec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by\\_nr\\_77.html#i38\\_549](http://cec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_77.html#i38_549)

<sup>2</sup> Vgl. vor allem die Honorarordnung der Baumeister, Kapitel XI.

zu prüfen, bevor diese angezeigt werden würde. Es fanden umfangreiche Konsultationen mit den Amtsparteien statt, die nach einigen Überarbeitungen der Verbandsempfehlung zustimmen konnten.

Die - noch vor dem 31.12.2005 - angemeldete UVE enthält keine Preise, sondern genügt allen Erfordernissen einer (echten) Kalkulationsrichtlinie im Sinne des Artikels 81 EG.

#### **b. Leitfaden zur Kostenabschätzung von Planungsleistungen der Bundesinnung Bau**

Nach der Entscheidung des Kartellobergerichtes vom 20.12.2005 (16 Ok 45/05), mit der die Honorarordnung der Baumeister (HOB; "Unverbindliche Verbandsempfehlung") für kartellrechtswidrig erklärt wurde (vgl. Kapitel XI), ist die Bundesinnung Bau mit mehreren Entwürfen einer modernen und kartellrechtskonformen Kalkulationsempfehlung an die BWB (und den Bundeskartellanwalt) herangetreten. Nach sehr umfangreichen und konstruktiven Gesprächen konnte der "Leitfaden zur Kostenabschätzung von Planungsleistungen"<sup>3</sup> (Band 1: Grundlagen, Band 2: Objektplanung sowie Band 3: Örtliche Bauaufsicht) im April 2006 herausgegeben werden. Der Leitfaden enthält nunmehr eine reine Kalkulationsempfehlung und keine Preise und keine Preisempfehlungen; die Honorarermittlung erfolgt nach der tatsächlichen Kostenstruktur eines Betriebes und muss sich daher auch am Markt orientieren.

#### **c. Kalkulationsempfehlung des Fachverbandes Technische Büros - Ingenieurbüros**

Der Fachverband Technische Büros - Ingenieurbüros ist in der zweiten Jahreshälfte 2005 von sich aus an die Amtsparteien (BWB/Bundeskartellanwalt) herangetreten, um die bis 31.12.2005 geltende Unverbindliche Verbandsempfehlung, die nach Auffassung der Amtsparteien (gemäß der Judikatur zur "Honorarordnung der Baumeister"; 16 Ok 45/05) gegen Artikel 81 EG verstoßen hat, in eine gesetzeskonforme Kalkulationsrichtlinie umzugestalten.

---

<sup>3</sup> Vgl. die Homepage der Bundesinnung Bau: <http://bau.or.at>.

Der Fachverband führte Datenerhebungen bei den einzelnen Technischen Büros durch und erstellte unter Beiziehung von Experten einen Entwurf für eine Kalkulationsempfehlung. In zahlreichen - oft stundenlangen - (Erörterungs)Gesprächen (ca. 12 Halbtage) zwischen Juni und November 2005 wurden diese Entwürfe mit den Wettbewerbsbehörden besprochen und gemeinsam überarbeitet. Ende November 2005 konnten schließlich ein *Allgemeiner Teil* sowie die Leistungsbilder *Innenarchitektur* und *Technische Ausrüstung* als "Kalkulationsempfehlung" beim Kartellgericht angezeigt werden<sup>4</sup>. Ebenso wie im Falle der Bundesinnung Bau enthält die neue Kalkulationsempfehlung keine konkreten Preis(angaben) für Stundensätze.

#### **d. Honorarordnung der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten**

Nach Auffassung der BWB widerspricht die Honorarordnung der Architekten (HOA), welche größtenteils der alten (und vom Kartellobergericht aufgehobenen) Honorarordnung der Baumeister entspricht, Artikel 81 EG. Die BWB ist (gemeinsam mit dem Bundeskartellanwalt) bemüht, die kartellrechtswidrige HOA durch eine rechtskonforme Kalkulationsempfehlung zu ersetzen. Nachdem in zahlreichen und jahrelangen Gesprächen mit der zuständigen Unternehmensvereinigung keine Ergebnisse erzielt werden konnten, haben beide Amtsparteien Ende Juli 2006 sogenannte "Beschwerdepunkte" an die betroffene Berufsgruppe gerichtet, bevor weitere Schritte unternommen werden.

## **2. Sonstige außergerichtliche Verfahren**

### **a. Agip Austria GmbH / A 1 -Tankstellen**

Die Agip Austria GmbH (eine Tochter des ENI-Konzerns) meldete am 19.6.2006 den Kauf von 12 Tankstellen der A1 Tankstellenbetrieb GmbH an. Die betroffenen Tankstellen befinden sich überwiegend (11) in der Steiermark. Da Tankstellen in unmittelbarem Wettbewerb primär zu den verkehrsgeografisch nächstgelegenen Tankstellen stehen, ist das Entstehen von Marktbeherrschung auch auf kleinräumiger Basis möglich. Diese Tatsache bewog die BWB, den Zusammenschlussfall trotz geringer Umsatzgrößen eingehend zu analysieren.

---

<sup>4</sup> Die Kalkulationsempfehlung ist unter folgender Adresse zum Download erhältlich: <http://www.ingenieurbueros.at>.

Als Datenbasis wurden für die Analyse Preisdaten des ÖAMTC, der Anmelder und der Bundesarbeitskammer herangezogen, wobei sich die Untersuchung aus Gründen der Arbeitseffizienz auf zwei (jeweils 8-tägige) Perioden im Februar und April/Mai 2006 konzentrierte, die sich (im Österreichschnitt) durch deutliche Abwärts- bzw. Aufwärtsbewegungen ausgezeichnet hatten. In Bezug auf die generellen Preisstrategien ließen sich (im Durchschnitt der Steiermark) zwar die erwarteten Unterschiede zwischen den Tankstellen der "Majors" und den übrigen Tankstellen feststellen, die Differenzen waren aber sehr gering und teils insignifikant. A1 positioniert sich als unabhängiger Anbieter zwar leicht unter den Markentankstellen, kann aber nicht als Diskonter betrachtet werden.

Um das Problem eventueller Marktbeherrschung definitiv beantworten zu können, führte die BWB auch eine kleinräumige Analyse durch, in deren Zentrum das Murtal westlich der A9 / B113 stand: Diese Region ist kein Tiefpreisgebiet, sie grenzt sich zumeist scharf vom obersteirischen Preistrichter in Kapfenberg ab. Das Murtal ist durch eine hohe Tankstellendichte und einen relativ hohen Anteil an Nicht-Marken-Tankstellen gekennzeichnet. Agip und A1 Tankstellen sind nicht unmittelbar benachbart. In nächster Nähe befinden sich jeweils Tankstellen anderer Unternehmen. Auch die zeitliche Abfolge der Preisanpassungen zwischen A1 und Agip lässt keine Schlüsse darauf zu, dass Agip systematisch auf A1 reagierte<sup>5</sup>.

Aus der Analyse zog die BWB daher - in Abstimmung mit dem Bundeskartellanwalt - die Schlussfolgerung, dass der Zusammenschluss ohne Auflagen freizugeben ist. Die BWB wird Zusammenschlüsse auf dem Tankstellenmarkt auch weiterhin sehr eingehend auf ihre wettbewerbliche Wirkung prüfen.

#### **b. ARA-System**

Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber von Transport- und Verkaufsverpackungen (unbeschadet der Verpflichtungen von Letztvertreibern) sind nach der Verpackungsverordnung (VerpackVO), BGBl Nr. 648/1996, zuletzt geändert BGBl II Nr. 440/2001, verpflichtet, die Transport- und Verkaufsverpackungen nach Gebrauch

---

<sup>5</sup> Würde Agip systematisch auf Preisänderungen von A1 reagieren, könnte dies als Hinweis darauf gewertet werden, dass A1 für Agip eine wettbewerbliche Beschränkung ist.

unentgeltlich zurückzunehmen, einem allenfalls vorgelagerten Verpflichteten zurückzugeben, wiederzuverwenden oder nach dem Stand der Technik zu verwerten (§ 3 Abs. 1 VerpackVO). In dem Umfang, in dem die Hersteller, Importeure, Abpacker und Vertreiber an einem Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen, geht die Verpflichtung nach der VerpackVO auf den Betreiber dieses Sammel- und Verwertungssystems über (§ 3 Abs. 5 VerpackVO).

Das ARA-System ist ein in Österreich flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem sämtlicher Packstoffe und Verpackungen aus Haushalt, Gewerbe und Industrie. Das ARA-System besteht aus der Altstoff Recycling Austria AG (ARA) und acht Branchenrecyclinggesellschaften (BRG). Diesen BRG ist die Organisation der Sammlung, der Sortierung, und der Verwertung der Verpackungen übertragen. Sie sind für jeweils bestimmte Packstoffe und Packstoffgruppen zuständig. Die BRG schließen ihrerseits Verträge mit Unternehmen oder Gebietskörperschaften ab, von denen die tatsächlichen Entsorgungsleistungen erbracht werden.

Die Europäische Kommission hat in den Wettbewerbsverfahren COMP/A.35.470 und COMP/A.35.473 den Vertragskomplex des ARA-Systems nach Artikel 81 EG unter Auflagen freigestellt bzw. einige Verträge mit Negativattest bedacht. Oberstes Ziel der Entscheidung der Europäischen Kommission war das Sicherstellen von Wettbewerb.

Der von der BWB untersuchte Vertrag, nämlich die Modul 7-Vereinbarung, war nicht Gegenstand des Kartellverfahrens vor der Europäischen Kommission. Bei diesem Vertrag handelt es sich um eine von der Branchenrecyclinggesellschaft Altpapier Recycling OrganisationsgesmbH (ARO), zuständig für die Sammlung und Verwertung von Papier, Pappe, Karton und Wellpappe, abgeschlossene Vereinbarung mit großen Anfallstellen (z.B. große Einzelhandelsketten). Diese Anfallstellen verpflichten sich, die bei ihr anfallenden Verpackungen aus Papier, Pappe, Karton und Wellpappe gesondert zu erfassen, vorzusortieren, zu verdichten und/oder konditioniert direkt an eine Übernahmestellen, das sind die Verwertungsbetriebe, zu übergeben. Diese Anfallstellen übernehmen somit Leistungen eines Entsorgers, die vom ARA-System honoriert werden.

Einige dieser Modul 7-Vereinbarungen beinhalteten - unterschiedlich ausgestaltete - wettbewerbsrechtlich bedenkliche Exklusivitätsbestimmungen. Mittels dieser Klauseln wurde die Anfallstelle verpflichtet, sicherzustellen, dass sämtliche bei ihr in Verkehr gebrachten oder bei ihr anfallenden Papierverpackungen über das ARA-System entpflichtet werden. Darüber hinaus mussten die Vertragspartner ihre Lieferanten dazu verhalten, ihre Papierverpackungen auch tatsächlich über das ARA-System zu entpflichten. Sollte dies nicht der Fall sein, muss eine Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarung des Vertragspartners "bereitstehen", um eine Entpflichtung über das ARA-System, und nicht über mögliche Wettbewerber sicherzustellen.

Diese Klauseln waren geeignet, Wettbewerb am Entsorgungs- und Verwertungsmarkt auszuschließen. Denn den Lieferanten der Vertragspartner war es nicht möglich, ihrer Verpflichtung aus der VerpackVO bei Wettbewerbern des ARA-Systems nachzukommen und somit ihre Papierverpackungen über zum ARA-System alternative Anbieter zu entsorgen und zu verwerten.

Die BWB hatte ihre Ermittlungen und Verhandlungen aufgenommen, die letztendlich dazu führten, dass die ARO die wettbewerbsrechtlich bedenklichen Exklusivitätsbestimmungen ersatzlos gestrichen und die Verträge abgeändert hat. Wettbewerb am betroffenen Markt ist damit ermöglicht.

### **c. Payphone Access Charge / öffentliche Sprechstellen**

Telekom Austria AG (TA) ist im Rahmen des Universaldienstes (UD) verpflichtet, die flächendeckende Versorgung mit Telefonzellen (öffentliche Sprechstellen) sicherzustellen (§ 26 Abs. 4 TKG). Derzeit muss von den Telefonzellen auch der Rufnummernbereich 0800 ungehindert und für die Teilnehmer kostenlos erreichbar sein (§ 23 Abs. 4 UDV, § 71 Abs. 1 KEM-V). Zahlreiche 0800-Dienste sind in den Netzen der alternativen Netzbetreiber (ANB) eingerichtet. Für Verbindungen zu diesen Diensten erhält TA lediglich das Originierungsentgelt. Der in jüngerer Vergangenheit stark gestiegene Anteil solcher Verbindungen an den von Telefonzellen abgewickelten führte zu einem weiteren Ansteigen des aus dem Betrieb der Telefonzellen entstehenden Defizits.

Der finanzielle Ausgleich für im Rahmen des UD aufgelaufenen Kosten wird durch § 31 TKG geregelt. Dieser rechtliche Rahmen und dessen praktische Anwendung führen zu einem Ungleichgewicht zu Lasten der TA, die den bei weitem überwiegenden Teil der Kosten der Telefonzellen zu tragen hat, aus deren Benützung sie aber nur einen viel zu geringen Deckungsbeitrag erwirtschaften kann. Gleichzeitig erwirtschaften die ANB aus dem beschriebenen Geschäftsmodell Gewinne, ohne in angemessener Weise zu den Kosten einer wesentlichen Infrastruktureinrichtung, nämlich der Telefonzellen, beitragen zu müssen.

Vor diesem Hintergrund hatte die Telekom-Control-Kommission (TCK) im August 2005 auf Antrag der TA eine Payphone Access Charge (PAC) angeordnet, die ANB zu bezahlen hatten. Im Dezember 2005 hob der VwGH den Bescheid der TCK auf.

Im Jänner 2006 legte TA den ANB Vertragsentwürfe über eine PAC vor und kündigte zugleich an, im Fall des Scheiterns einer vertraglichen Einigung die Erreichbarkeit der in den Netzen der ANB eingerichteten 0800-Nummern einzuschränken.

Gegen dieses Verhalten der TA richteten sich die Beschwerden mehrerer ANB.

Zugleich wurden zu verschiedenen Aspekten des Themas PAC auch Verfahren vor den Zivilgerichten anhängig gemacht. Gegenstand war u.a. die Rückzahlung der aufgrund des inzwischen aufgehobenen TCK-Bescheides von den ANB geleisteten PAC.

BWB und Bundeskartellanwalt versuchten mit Unterstützung der RTR-GmbH das Zustandekommen eines Kompromisses zu unterstützen, der alle berechtigten Interessen berücksichtigen und Benachteiligungen einzelner Betroffener möglichst hintanhalten sollte. Zu diesem Zweck wurden zunächst mit allen beteiligten gemeinsam und sodann jeweils mit den einzelnen Unternehmen Gespräche geführt, in denen mehrere Lösungsvarianten (z.B.: Einigung auf eine von den ANB zu bezahlende – betragsmäßig geringere – PAC; von den Teilnehmern für Anrufe von Telefonzellen zu 0800 zu bezahlende PAC; Entfall der Verpflichtung der TA, die Erreichbarkeit der 0800-Nummern auch von Telefonzellen zu gewährleisten mittels entsprechender Novelle der UDV) erörtert wurden.

Dabei wurde offenbar, dass TA und ANB, aber in beinahe ebenso starkem Maße auch die ANB untereinander stark voneinander abweichende Positionen vertreten, insbesondere zu den Fragen der grundsätzlichen Bereitschaft, eine PAC zu vereinbaren, und zu den Rahmenbedingungen einer solchen Vereinbarung sowie zur Einschätzung der Auswirkungen einer Novelle der UDV. Die Bezahlung einer PAC durch die Teilnehmer, der die Netzbetreiber am ehesten gemeinsam näher treten konnten, konnte wegen der direkten negativen Auswirkungen auf die Konsumenten nicht die Zustimmung der BWB und des Bundeskartellanwaltes finden. Die sehr unterschiedlichen Positionen der Netzbetreiber verhinderten schlussendlich das Zustandekommen einer einvernehmlichen Lösung.

BWB und Bundeskartellanwalt konnten jedoch mit Unterstützung der RTR-GmbH erreichen, dass TA die bis zur Aufhebung des TCK-Bescheides bezahlte PAC zurückzahlte und die Erreichbarkeit der 0800-Nummern nicht einschränkte.

Ein im Lauf der umfangreichen Gespräche von der BWB ins Spiel gebrachter Lösungsansatz sah vor, das derzeit bestehende Ungleichgewicht zu beseitigen, indem die Erreichbarkeit der 0800-Nummern von Telefonzellen vom UD ausgenommen werden sollte. Mittlerweile legte das BMVIT den Entwurf einer entsprechenden Novelle zur UDV vor.

#### **d. Geschützte Werkstätten Salzburg**

Einige Unternehmungen der Metallbranche brachten eine Beschwerde wegen Marktmachtmissbrauchs gegen die Geschützten Werkstätten Salzburg (GWS) ein. Es wurde der Verdacht geäußert, dass die GWS eine überragende Marktstellung im Bereich der Produktion und des Vertriebs von Medaillen, Abzeichen sowie diversen Souvenirs innehaben und aufgrund von Förderungen durch die öffentliche Hand Dumping-Preise (Verkauf unter dem Einstandspreis) verlangen. Damit träten sie wettbewerbsverzerrend auf und erkaufte sich eine Monopolstellung.

Die im Jahresabschluss der GWS ausgewiesenen Subventionen betragen ca. 25% des Umsatzes und ca. 50% der Personalkosten. Die BWB trat im wesentlichen als Mediator auf. Es wurde zunächst den Streitparteien die Möglichkeit eingeräumt, ihre Missverständnisse bzw. Auffassungsunterschiede am "grünen Tisch" auf "neutralem

Boden" darzulegen. Bei dem Gespräch wurde die Fördersituation der GWS offen gelegt, um den Verdacht des Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie der Zweckentfremdung der Fördermittel auszuräumen. Weiters wurde die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes - der bis zum Gespräch nicht eindeutig definiert war - erreicht.

Der Geschäftsführer der GWS sagte unter anderem zu, dass das aggressive Vorgehen einiger Vertriebsmitarbeiter ebenso eingestellt werde wie die "Herkunftverschleierung" einiger Handelswaren. Die BWB wird die Einhaltung der Zusagen überwachen und gegebenenfalls wieder einschreiten.

#### **e. Acquiring für Zahlungskarten**

Aus gegebenem und wiederholtem Anlass (alternative Anbieter von Zahlungskarten haben sich bei der BWB beschwert) hat sich die BWB auch außergerichtlich mit diesem Markt befasst.

Eine Zahlungskartentransaktion (mit Kredit- oder Debitkarte) basiert u.a. auf einem Vertrag zwischen dem Händler ("merchant"), also z.B. einem Einzelhandels- oder Tourismusunternehmen, und einem sogenannten Acquirer, das ist ein Unternehmen, das den Zahlungsvorgang für den Händler abwickelt (Autorisierung, Transaktion etc.), dem Händler einen POS-Terminal zur Verfügung stellt und (je nach Vertragsgestaltung) dem Händler auch eine Servicierung zur Verfügung stellen kann. Der Händler zahlt dem Acquirer ein Entgelt in Form eines Disagios pro Transaktion (welches sich aus einem Fixbetrag plus einem Prozentsatz der Transaktionssumme zusammensetzt)<sup>6</sup>. Die Höhe dieses Disagios kann je nach Acquirer, Branche, Jahresumsatz des Händlers u.ä. beträchtlich variieren. Für einen Händler kann es daher wegen dieses unterschiedlichen Preises attraktiv sein, pro Zahlungskartensystem (also z.B. VISA) mit verschiedenen Acquirern parallel Verträge abzuschließen, um im konkreten Geschäftsfall denjenigen Acquirer zu wählen, der das geringste Disagio verrechnet.

---

<sup>6</sup> Je nach Acquirer wird auch ein Entgelt für den POS-Terminal und andere Leistungen verrechnet.

Nachdem Acquirer mehrmals Händler durch Falschinformationen verunsichert hatten, hat die BWB auch öffentlich darauf hingewiesen, dass Händler ("merchants"), die eine Zahlungskarte (z.B. die Kreditkarten "VISA", "MasterCard", "Dinersclub" u.ä.) akzeptieren, nach den einschlägigen internationalen Zahlungskartenregeln mit mehreren Acquirern gleichzeitig und parallel zusammenarbeiten bzw. Verträge abschließen können. Darüber hinaus wären Konkurrenzklauseln, also Bestimmungen, die Zweitverträge mit Acquirern untersagen, zumindest von marktbeherrschenden Acquirern nach österreichischem und europäischem Wettbewerbsrecht unzulässig.

#### **f. Wiener Schädlingsbekämpfer**

Am 29.4.2005 trat eine neue Rattenverordnung für Wien in Kraft. Die bisherigen Regelungen für die amtliche Rattennachschaу wurden grundlegend geändert.

- Die neue Verordnung sieht vor, dass der Eigentümer einer Liegenschaft selbst dafür verantwortlich ist, dass zwischen drei- und sechsmal jährlich (je nach Lage des Grundstückes) Nachschaу gehalten wird, ob Rattenbefall auftritt, und im gegebenenfalls für Abhilfe gesorgt wird.
- Die Rayoneinteilung (Zuteilung der Gebiete) an einige Schädlingsbekämpfungsunternehmen und damit der Gebietsschutz wurde aufgehoben. Seit Inkrafttreten der neuen Verordnung kann jeder Hauseigentümer selbst bestimmen, welches Schädlingsbekämpfungsunternehmen er mit der Rattennachschaу beauftragt.
- Die Innung ist nicht mehr verpflichtet, der MA 15 (Gesundheitsamt) Meldung über Rattenbefall zu erstatten.

Aus Anlass der neuen Verordnung versandten Schädlingsbekämpfungsunternehmen Briefe an die jeweiligen Hausverwaltungen. In einigen dieser Briefe wurde für die Rattennachschaу ein fixer Preis erwähnt, der in allen Briefen gleich war (der angeführte Preis beruht auf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung der Innung der Schädlingsbekämpfer). Weiters wurde die Gründung eines Vereins zur Schädlingsbekämpfung angekündigt. Dieser Verein sollte den Zweck haben, für eine effiziente Rattenbekämpfung in Wien - insbesondere unter Einhaltung der entsprechenden Qualitätsstandards - zu sorgen. Von einigen Proponenten des Vereins wurde angekündigt, die Rattennachschaу zu den bisherigen Regiekosten (Abrechnung pro ange-

fangene Viertelstunde) und ohne Preiserhöhung bis 1.5.2007 durchzuführen. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die bisherige Sprengeinteilung beibehalten werde; ansonsten müsse in Zukunft Wegzeit verrechnet werden.

Durch einen Artikel in der Zeitschrift "profil" (13.6.2005) auf den Sachverhalt aufmerksam geworden, führte die BWB Ermittlungen durch, in deren Rahmen sie mehrere Personen einvernahm und Auskunftsverlangen versandte. Weiters wurden die geplanten Vereinsstatuten des noch nicht gegründeten Vereins geprüft. Wettbewerbswidrige Absprachen, die bereits Wirksamkeit entfaltet haben, konnten nicht festgestellt werden; jedoch waren einige Punkte im Entwurf der Vereinsstatuten Gegenstand von Verhandlungen zwischen der BWB und Proponenten des Vereines (Ziel: Vermeidung einer etwaigen Kartellbildung). Von der Gründung des Vereines wurde in der Folge Abstand genommen.

#### **g. Bierbezugsverträge**

Die BWB überprüfte die Bierlieferverträge des führenden österreichischen Bierproduzenten im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes. Wertvolle Hinweise über Prüfkriterien fanden sich in den einschlägigen Entscheidungen bzw. Entscheidungsentwürfen der EK sowie der niederländischen, italienischen und dänischen Wettbewerbsbehörden.

Die wesentlichste Änderung in den Bierbezugsverträgen ist im Ergebnis nunmehr die Beschränkung der Abnahmeverpflichtung der Gastronomie auf max. 80% der Bierbedarfsmenge.

#### **h. e-payment standard**

Einige österreichische Bank- und Sparkasseninstitute schlossen ein Interbankenabkommen zur Etablierung eines gemeinsamen elektronischen Zahlungsstandards ("eps" = e-payment standard). Der Standard soll Webshopbetreibern ermöglichen, durch eine einheitliche Kommunikationsplattform für den elektronischen Zahlungsverkehr mit Kunden jeweils nur einen Vertrag (z.B. mit ihrer Hausbank) abzuschließen und damit automatisch Zugang auch zu den entsprechenden "eps"-Dienstleistungen der anderen Banken zu erhalten. Ein derartiges "One-Stop-Shop" -

System liefert einen wesentlichen Impuls für die Entwicklung von Internetgeschäften im "business to consumer e-business", weshalb es von der BWB als kartellrechtlich neutral bewertet wurde.

## **X. Branchenuntersuchungen**

Im Berichtszeitraum wurden drei Branchen untersucht. Im Bereich Elektrizitätswirtschaft wurde das mit dem 2. Zwischenbericht angekündigte Wettbewerbsbelebungsprogramm umgesetzt. Über die Untersuchung des Gasmarktes wurde ein Bericht erstellt. Die bereits seit 2004 anhängige Untersuchung zum Lebensmitteleinzelhandel konnte - auf Grund kartellgerichtlicher Verzögerung durch Parteien bzw. Unzulänglichkeiten im Gesetz - noch nicht abgeschlossen werden, wurde jedoch mit Nachdruck weiter betrieben.

### **1. Elektrizität: Wettbewerbsbelebungspaket der Elektrizitätswirtschaft**

#### **a. Ausgangspunkt**

Bereits anlässlich der Präsentation des 1. Zwischenberichtes zur "Branchenuntersuchung Strom" (6.12.2004) wurde unter dem Schlagwort "Wettbewerbsbelebungsprogramm" die Notwendigkeit eines Maßnahmenpaketes zum Abbau von Wettbewerbshindernissen hervorgehoben und wurden insbesondere die Elektrizitätsunternehmen selbst zur Erstattung von Vorschlägen aufgefordert.

Basis informeller Vorgespräche im Frühjahr 2005 sowie einer ersten förmlichen Runde am 13.6.2005 waren dann ein Vorschlag der Branche sowie ein Papier des Energie-Regulators.

Es fanden insgesamt "vier große Runden" (13.6.2005, 18.11.2005, 3.3.2006 und 23.6.2006) sowie "technische" Arbeitsgespräche zwischen Verband der Elektrizitätsunternehmen Österreichs (VEÖ) und E-Control statt.

Als Schwerpunkte haben sich dabei Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz und des Informationsstandes der Kunden, zur Vereinfachung und Beschleunigung des Wechselprozesses sowie zur faktischen Gleichstellung alternativer Lieferanten herauskristallisiert.

Ganz allgemein ist zu betonen, dass es sich bei den im Rahmen des Wettbewerbsbelebungspaketes diskutierten Fragen nicht um das Abstellen von (Wettbewerbs-)Rechtsverstößen handelt, sondern um das Setzen von Maßnahmen, die dazu beitragen sollen, ein Umfeld zu schaffen, das die Entstehung funktionierender Wettbewerbs begünstigt.

## **b. Endergebnis**

Nach vielen Diskussionsrunden zu den unterschiedlichsten Themenbereichen kam es am 23.6.2006 zu einer abschließenden Gesprächsrunde, der die Veröffentlichung des Wettbewerbsbelebungspaketes durch den VEÖ am 30.6.2006 folgte.

- Ein Informationsblatt für Kunden soll den Wissensstand über den liberalisierten Markt sowie über die Möglichkeit des Lieferantenwechsels erhöhen. Es wird auf der Homepage des VEÖ und der einzelnen Energieunternehmen veröffentlicht sowie Neuanmeldeunterlagen beigelegt werden. Bis Jahresende sollen es alle Energiekunden Österreichs postalisch erhalten.
- Der Wechselprozess wird beschleunigt und ab 1.10.2006 von acht auf sechs Wochen verkürzt werden. Ab 1.1.2007 wird es möglich sein, einen Lieferantenwechsel nur mit Angabe des Kundennamens und der Anlagenadresse einzuleiten. Wenn diese Daten ausreichen, um die Anlage eindeutig zu identifizieren, hat der Netzbetreiber den Wechsel abzuwickeln.
- Bei nicht zeitgerechten Neuanmeldungen, etwa im Zuge eines Wohnungswechsels, wird der neue Mieter nicht automatisch an den Gebietsversorger gebunden, sondern hat die Möglichkeit, seinen Lieferanten frei zu wählen.
- Zur Erhöhung der Transparenz hat der VEÖ sich dazu bekannt, das System der "kommunizierenden Gefäße" (Fixpreisklauseln) nicht mehr zu praktizieren. Netztarifsenkungen werden nun nicht mehr durch automatische Strompreiserhöhungen ausgeglichen. Durch die umfassende Regelung des Themenbereiches in den §§ 45b und 45c (diese betreffen die Gestaltung von AGB, Rechnungen sowie Informations- und Werbematerial) des neuen Versorgungssicherheitsgesetzes sollte bei gesetzeskonformer Gestaltung der Rechnungen und des Informationsmaterials künftig eine deutliche Verbesserung der Transparenz erfolgen.

- Es wurde ein Verhaltenskodex eher allgemeinen Inhalts für Lieferanten erarbeitet, zu dem sich alle Lieferanten bekennen.
- Ab November 2007 werden die Netzbetreiber die Abrechnungsdaten der Kunden österreichweit in einem einheitlichen elektronischen Standard übermitteln, sodass es zu keinen Zeitverzögerungen mehr kommen wird. Bis dahin soll die Abrechnung auf Grundlage bilateraler Vereinbarungen erfolgen.
- Die Einhaltung der Maßnahmen wird durch ein Monitoring überwacht werden; der VEÖ wird den Behörden einen jährlichen Bericht übermitteln.

Zusammenfassend halten E-Control und BWB fest, dass mit Erstellung dieses Wettbewerbsbelebungspaketes einige gute Ergebnisse erzielt werden konnten, die eine der Liberalisierung des österreichischen Strommarktes förderliche Transparenz gewährleisten können. Der Kunde hat nunmehr die Möglichkeit, Zusammenhänge besser zu durchblicken und Angebote zu vergleichen.

Die Elektrizitätsbranche, vertreten durch den Verband der Elektrizitätsunternehmen Österreichs, zeigte sich kooperativ und ist bereit, veraltete Strukturen durch zeitgemäße Maßnahmen zu modernisieren.

Allerdings hätten die Schritte zur Belegung des Wettbewerbs noch größere sein können. Es konnten nicht alle Vorstellungen der Behörden umgesetzt werden. So wäre eine regelmäßige - und nicht bloß einmalige - Zustellung des Informationsblattes an Kunden wünschenswert; eine weitergehende Beschleunigung des Wechselprozesses wäre aus Sicht der Behörden durchaus möglich. Über die Einführung einer zentralen Datenbank für Zählpunkte als auch einer anderen elektronischen Abfragemöglichkeit für die Stromlieferanten konnte (noch) kein Konsens erzielt werden. Das Monitoring (und der daraus folgende Jahresbericht) hätte mehr Gewicht, würde es von unabhängigen Dritten oder gemeinsam mit den Behörden durchgeführt werden.

E-Control und BWB werden den österreichischen Strommarkt jedenfalls weiterhin genau beobachten und gegebenenfalls unverzüglich eingreifen.

## **2. Gaswirtschaft**

Mitte November 2004 hatten einige Gasanbieter im Gleichklang Energiepreiserhöhungen in Aussicht gestellt, die zumeist mit Dezember 2004 bzw. Jänner 2005 in Kraft getreten sind. Daraufhin wurde von der BWB in Zusammenarbeit mit der E-Control eine Branchenanalyse der Elektrizitätswirtschaft initiiert, die zum Jahresende 2004 auch auf die Gaswirtschaft ausgeweitet wurde.

Insbesondere die Industriegaskunden haben die mangelnde Wettbewerbssituation bei der Belieferung mit Erdgas beklagt: Viele Unternehmen hätten Schwierigkeiten, überhaupt alternative Angebote für die Belieferung mit Erdgas zu erhalten; Angebote aus dem Ausland seien kaum erwähnenswert. Sofern alternative Angebote gelegt werden, lägen diese regelmäßig preislich über den Angeboten des "angestammten" Gebietsversorgers (Local Player). Der Zusammenschluss "EconGas" habe sich wettbewerbshemmend ausgewirkt, da ein Quasi-Monopolist geschaffen worden sei.

Der erste Bericht der Gasuntersuchung liegt seit September 2005 vor und bietet einen detaillierten Überblick über die Markt- und Wettbewerbssituation am österreichischen Gasmarkt und trifft erste Feststellungen zur Wettbewerbssituation, die sich aus den Ergebnissen der bisherigen Ermittlungen ableiten lassen.

### **a. Umfassende Auskunftersuchen**

Im Rahmen der Untersuchung wurden im Dezember 2004 und Jänner 2005 insgesamt rund 520 Auskunftsverlangen versandt. Befragt wurden einerseits knapp 450 Industrie- und Gewerbekunden und andererseits rund 70 Gashändler und -lieferanten. Die Industrie- und Gewerbekunden wurden vor allem hinsichtlich der Bindungsfristen ihrer Verträge, der Verwendung von All-Inclusive-Preisen, des Preisniveaus sowie von Preisanpassungsklauseln befragt.

Die Untersuchung bezog sich auf folgende relevante Märkte:

- Gasgroßhandel (ausländische und nationale Gasproduzenten beliefern Gasgroßhändler [Importeure]),

- Zwischenhandel (Gasgroßhändler beliefern große Weiterverteiler [z.B. ehem. Landesferngasgesellschaften]),
- Speichermarkt,
- Ausgleichsenergiemarkt,
- Belieferung von lokalen Weiterverteilern sowie
- Belieferung von Endkunden (Klein- und Großkunden, insgesamt vier Endkundenmärkte).

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die OMV Gas GmbH und ihr Tochterunternehmen EconGas GmbH in fast allen Märkten, in denen sie Produkte anbieten, eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Im Kleinkundensegment haben die etablierten Gasversorger (Local Player) ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung: die jeweiligen Netze (ehemalige Versorgungsgebiete) der Local Player können noch nicht als verbundener regelzonenweiter Markt angesehen werden. Dagegen ist im Großkundensegment Wettbewerbsdruck von Anbietern außerhalb der ehemaligen Versorgungsgebiete erkennbar: dieser Markt ist regelzonenweit zu sehen.

Bei der langfristigen Belieferung der Landesferngasgesellschaften (LFG) hat OMV Gas GmbH als Alleinimporteur eine marktbeherrschende Stellung. Diese führt in Verbindung mit den üblichen langen Laufzeiten von bis zu 20 Jahren und den Abnahmeverpflichtungen (Take-or-Pay) zu einer Zementierung der Marktstruktur und Abschottung gegenüber neuen Marktteilnehmern. Diese Problematik der langfristigen Lieferverträge, die größtenteils aus der Zeit vor der Liberalisierung herrühren, ist nicht auf Österreich beschränkt, sondern ist in ganz Europa anzutreffen. Sie bildet daher auch einen Schwerpunkt der zwischenzeitig laufenden umfassenden Untersuchung der Energiemärkte durch die Europäische Kommission.

Neben der langfristigen Belieferung von Gashändlern findet auch - in deutlich geringerem Umfang - kurzfristiger Gashandel, z.B. im Sommer, statt. Der Markt für kurzfristigen Gashandel ist zur Zeit nicht organisiert. Der Zugang zu diesem Markt ist jedoch wesentlich für die Bezugskostenoptimierung – das zeigt auch die Bedeutung der kurzfristigen Märkte in anderen europäischen Zwischenhandelsmärkten.

Bisher ist es nicht allen Marktteilnehmern möglich, im größeren Umfang die Möglichkeiten dieses Marktes zu nutzen, obwohl eine entsprechende Nachfrage besteht.

Aus den europäischen Erfahrungen ist ersichtlich, dass die Schaffung von einheitlichen, standardisierten Regelungen für den kurzfristigen Handel die Transaktionskosten auf diesem Markt reduziert. Ein sogenannter (Gashandels)Hub sollte die Rahmenbedingungen für den kurzfristigen Gashandel bieten. Die im Rahmen des EconGas-Zusammenschlussverfahrens eingegangene Verpflichtung zur Durchführung eines Gas Release Programms (Versteigerung von Gasmengen) ist in engem Zusammenhang mit der Entwicklung eines funktionierenden Gashubs in Baumgarten zu sehen. Über den Central European Gas Hub GmbH (CEGH), eine 100% Tochter der OMV Gas GmbH, wird bisher nur das Gas Release Programm der EconGas GmbH abgewickelt. Dies zeigt, dass die Entwicklung eines liquiden Hubs in Baumgarten nur äußerst zögerlich voranschreitet. Die Hindernisse für die Entwicklung sind zu beseitigen und der Aufbau eines funktionierenden Gashubs ist zügig voranzutreiben. Weitere Maßnahmen zur Schaffung eines liquiden kurzfristigen Handelsmarktes sind zu untersuchen.

Voraussetzung für alternative Anbieter Gas in Österreich anzubieten, ist der Zugang zu Transportkapazitäten in den grenzüberschreitenden Leitungen. Derzeit erfolgt der Netzzugang auf Basis verhandelter Verträge und wird nicht reguliert. Daher sind auch keine Informationen darüber verfügbar, wie die langfristigen Transportrechte auf den Transitleitungen verteilt sind, d.h. wer Zugang zu welchen Zwischenhandelsmärkten (Deutschland, Italien etc.) hat.

Transportrechte auf den Transitleitungen zu erhalten, gestaltet sich für einen neuen Anbieter schwierig. Derzeit sind auf allen grenzüberschreitenden Leitungen keine fixen Kapazitäten für Neukunden verfügbar. Hervorzuheben sind hier nochmals die bestehenden langfristigen Kapazitätsreservierungen, oftmals zugunsten verbundener Unternehmen der Leitungsbetreiber, denen mitunter keine entsprechenden physikalischen Flüsse gegenüberstehen. Weder das Angebot von Netzkapazitäten auf unterbrechbarer Basis noch ein nicht transparenter Sekundärhandel mit Transportrechten stellen eine hinreichende Voraussetzung dar, einem neuen Anbieter den Markteintritt zu ermöglichen. Von der Europäischen Kommission wird in der sogenannten Be-

schleunigungsrichtlinie konsequenterweise auch ein regulierter Netzzugang für alle Gasnetze gefordert.

Die Regelzonen Tirol und Vorarlberg sind derzeit nur über das Netz der E.ON-Ruhrgas und Bayerngas/Gasversorgung Süddeutschland von Deutschland aus erreichbar und verfügen über keine Erdgasproduktionsstätten oder Erdgasspeicher, weshalb diese geografisch abgeschotteten Märkte getrennt von der Regelzone Ost (das sind alle übrigen Bundesländer) zu betrachten sind. Vorschläge zur Verbesserung der Wettbewerbssituation in diesen Bundesländern werden im Endbericht erfolgen.

Die Gaslieferungen der Produzenten erfolgen nicht entsprechend dem Abnahmeverhalten der Endkunden, sondern aufgrund langer Transportwege in gleichmäßigen sog. Bandlieferungen. Gasspeicherung und Ausgleichsenergie sind daher wichtige Produkte, die ein Anbieter für die Belieferung von Endkunden und lokaler Weiterverteiler benötigt, damit er flexibel auf die Nachfrage reagieren kann. Die Speicherkosten können je nach Abnahmefall zwischen 5 und 15% der Energiekosten betragen und haben daher wesentlichen Einfluss auf den Wettbewerb. Die Speichertarife in Österreich sind verhandelt und unterliegen keiner Regulierung.

Als einzige österreichische Speicherbetreiber bestimmen RAG und insbesondere OMV wesentlich die Kosten ihrer Mitbewerber bei der Gaslieferung, was eine zusätzliche Markteintrittsbarriere bedeutet.

Von den ausländischen Anbietern am österreichischen Markt, vor denen zu Beginn der Gasmarktliberalisierung von einzelnen Unternehmen so massiv gewarnt und damit häufig Unsicherheit bei den Konsumenten geschürt wurde, ist bis heute nicht viel zu merken. Kein Wunder, ist es für einen neuen – ausländischen - Anbieter doch ungleich schwerer, sich am österreichischen Markt zu etablieren. Und das Verhalten der etablierten Gasversorger trägt nicht unbedingt dazu bei, den Wettbewerb im Endkundenmarkt zu erhöhen. So wurde in der Untersuchung festgestellt, dass auf den Endkundenmärkten vor allem durch unzureichendes Unbundling, Schaffung "künstlicher" Wechselkosten und Intransparenz aufgrund von All-Inclusive-Preisen der Wettbewerb eingeschränkt ist.

In den ersten beiden Jahren der Gasmarktliberalisierung haben lediglich 1,7% der Gaskunden ihren Versorger gewechselt. Haushaltskunden wiesen dabei eine Wechselquote von 1,6% auf (2002/2003 0,7%, 2003/2004 0,9%). Durch einen Versorgerwechsel hätte sich der durchschnittliche Haushaltskunde mit einem Jahresverbrauch von 15.000 kWh aber rund 10% einsparen können. Laut einer Umfrage der OGM im Juni 2004 hatten knapp ein Fünftel der befragten Haushalte angegeben, bei einer Einsparung in dieser Größenordnung von 10% wechseln zu wollen. Diese Diskrepanz zwischen (behaupteter) Wechselbereitschaft (25%) und tatsächlichem Wechsel (0,7% bzw. 0,9%) lässt vermuten, dass es nach wie vor beträchtliche Hemmnisse für den Wechsel geben muss.

Die Überwachung der effektiven Umsetzung der Unbundlingvorschriften zeigt, dass eine vollständige Trennung zwischen Netz und Handel in der österreichischen Gaswirtschaft weitgehend nur auf dem Papier erfolgt ist. Das unzureichende Unbundling weist darauf hin, dass nach wie vor der Anreiz besteht, Margen aus Absatzmärkten mit höherer Preiselastizität (Gashandel) in Absatzmärkte mit geringerer Preiselastizität (Monopolbereiche wie Transport oder Verteilung) zu verschieben und somit neue Anbieter abzuwehren. Für Verstöße gegen die Unbundlingvorschriften bestehen derzeit allerdings keine effektiven Sanktionsmittel; eine Verbesserung der gesetzlichen Grundlage wäre hier wünschenswert.

Durch Treuerabatte und Bonussysteme werden "künstliche" Wechselkosten geschaffen, die den Wechsel zu einem neuen Lieferanten mit zusätzlichen Kosten verteuern.

Die fehlende getrennte Ausweisung von Energie und Netz ist ein Informationsdefizit, von dem der etablierte Gasversorger profitiert, da die Wahrscheinlichkeit, dass solche schlecht informierten Kunden wechseln, sehr gering ist. Bei der Auswertung der Fragebögen zur Branchenuntersuchung konnte festgestellt werden, dass es einer beträchtlichen Anzahl von Kunden nicht möglich war, ihren reinen Energiepreis anzugeben. Zum Teil waren die Kunden (auch Gewerbe- und Industriekunden) auch der Meinung, dass der von ihnen angegebene Gesamtpreis der Energiepreis sei.

Im Zuge der Industriepreiserhebung Gas 1/2005 konnte die E-Control ebenfalls anhand der Rechnungskopien feststellen, dass nicht alle Erdgasunternehmen die Netz-

und Energiekomponenten gemäß § 23 Abs. 6 GWG (Gaswirtschaftsgesetz) in den Lieferverträgen getrennt ausweisen. Aus konkreten Anfragen einzelner Industriekunden ist weiters ersichtlich, dass diese Unternehmen trotz vielfach durchaus vorhandener Sachkenntnisse oft erhebliche Schwierigkeiten haben, aus vorliegenden Rechnungen die wettbewerbsrelevanten Energiepreise zu ermitteln.

Für die Struktur des österreichischen Gasmarktes prägend waren insbesondere die zwei Zusammenschlüsse zur EnergieAllianz bzw. zu EconGas:

Durch die Gründung der EnergieAllianz (2000/2001) kam es zu einer Zusammenlegung der jeweiligen Vertriebsbereiche der Mutterunternehmen (Wienenergie, EVN, Begas, Linz AG). Im Kleinkundensegment ist die Energie Allianz über ihre vier regionalen "Vertriebs-KGs" tätig, die sich jeweils unter Verwendung der "alten Marken" der Mutterunternehmen auf ihre ehemaligen Monopolgebiete konzentrieren. Außerhalb der Netze ihrer Muttergesellschaften ist die EnergieAllianz als Anbieter nicht aufgetreten. Die EnergieAllianz selbst übt auch nach eigenen Aussagen auf dem Gasmarkt keine Aktivitäten aus. Dem Zusammenschlussimmanenten Verlust potenziellen Wettbewerbs im Innenverhältnis steht somit bisher leider kein ersichtlicher Gewinn an Wettbewerb außerhalb der angestammten Versorgungsgebiete gegenüber. Es verbleibt daher die durch den Zusammenschluss geschaffene Möglichkeit der Absprache von Preisen.

Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass die monopolistischen Marktverhältnisse, wie sie in der Zeit vor der Liberalisierung bestanden haben, im Wesentlichen von den Gasunternehmen aufrechterhalten werden konnten.

EconGas GmbH (2002) ist ein Gemeinschaftsunternehmen der OMV Gas GmbH, der Oberösterreichischen Ferngas sowie der EnergieAllianz-Gesellschafter Wiengas, EVN, BEGAS und Linz AG, in welches die genannten Unternehmen ihr Erdgas-Großkunden und -handelsgeschäft eingebracht haben. Bei der Branchenuntersuchung konnte festgestellt werden, dass EconGas GmbH eine marktbeherrschende Stellung auf allen Märkten (Belieferung von lokalen Weiterverteilern, Großkunden und Ausgleichsenergiemarkt) hat, in denen sie in der Regelzone Ost tätig ist.

Die Vorteile der EconGas GmbH gegenüber den Wettbewerbern in den Endkundenmärkten können durch Größenvorteile bedingt sein, andererseits aber auch aus der (gesellschaftsrechtlichen) Verbindung zu OMV Gas GmbH und deren Ressourcen resultieren. Im Unterschied zur EnergieAllianz hat die EconGas GmbH seit ihrer Gründung auch eine Reihe von Kunden im Ausland gewinnen können.

Die "Ölpreisbindung" ist eine Dynamisierung des Basisgaspreises in den Verträgen anhand der Ölproduktenpreisentwicklung. Alle 3 bis 6 Monate wird der Basisvertragspreis an die Heizölpreisentwicklung angepasst. Die Idee dahinter ist eine Fortschreibung des Basispreises in sogenannten Preisgleitklauseln, die den veränderten Marktbedingungen (Preise der Konkurrenzenergien) in den jeweiligen (Endverbraucher-)Märkten Rechnung trägt.

Diese Preisgleitklauseln (mit einer unterschiedlichen Gewichtung der Ölproduktenpreise) werden in fast allen Märkten entlang der Lieferkette der Gaswirtschaft angewandt. Die dabei relevanten Ölprodukte sind Heizöl Schwer und Heizöl Leicht. Als Handelsorte für Referenzpreise werden dabei je nach Marktstufen die Preise fob Rotterdam, statistische Notierungen des Statistischen Bundesamtes Wiesbaden und in Österreich zum Teil auch noch der Raffinerieabgabepreis Schwechat angewandt.

Eine wesentliche Ausnahme sind Verträge mit Haushaltskunden: Diese enthalten keine Preisgleitklauseln mit Ölproduktenpreisbindung, somit ist die Preisentwicklung in diesem Marktsegment keinem Automatismus unterworfen, sondern eine unternehmerische Entscheidung der Gaslieferanten, wann und in welchem Ausmaß Preisschwankungen an ihre Kunden weitergegeben werden sollen.

Festzustellen ist, dass in der Vergangenheit Preissenkungen nicht in gleichem Ausmaß an Kunden weitergegeben wurden wie Preissteigerungen.

Durch die Anwendung der Ölproduktenpreisbindung auf den verschiedenen Märkten der Lieferkette wird das Preisrisiko, das die Gashändler im Einkauf haben, zum Teil an den Endkunden weitergegeben. Die Möglichkeit der Weitergabe ist dabei umso ausgeprägter, je mehr Marktmacht die Anbieter auf den einzelnen Produktmärkten haben. Ein weiterer Effekt ist, dass die relativen Kostenpositionen der Gasunterneh-

men zueinander quasi über die Vertragslaufzeit "eingefroren" sind, da es zu weitgehend synchronen Preisanpassungen kommt. Dadurch ist gewährleistet, dass es durch Preisänderungen nicht zu einer Wettbewerbsverschärfung kommen kann.

Ein funktionierender Wettbewerb auf allen Marktstufen ist der beste Garant für eine marktorientierte Preisentwicklung, da dann das Preisrisiko aus dem Einkauf beim Gasproduzenten nicht entlang der Lieferkette problemlos "durchgereicht" werden kann. Ein intensiver Wettbewerb würde Anbieter vielmehr zur unmittelbaren Weitergabe von Preisvorteilen und knapper Kalkulation zwingen. Weiters fördert Wettbewerb den Einsatz von Finanzinstrumenten (z.B. Hedging-Preisabsicherungen), deren Effekte wiederum preisdämpfend wirken können.

## **b. Die Kritikpunkte auf einen Blick**

Die wichtigsten Ergebnisse des Gasberichtes können wie folgt zusammengefasst werden:

- Wettbewerb im Kleinkundensegment
  - Intransparenz behindert den Wettbewerb: Unterschiedliche Tarifmodelle, die zum Teil den reinen Gaspreis nicht gesondert ausweisen, erschweren die Vergleichbarkeit einzelner Angebote (All-In-Preise). Die getrennte Ausweisung von Energiepreis und Netzentgelt auf der Gasrechnung ist dabei rechtlich vorgeschrieben.
  - Marktbeherrschung der angestammten Lieferanten: Im Kleinkundensegment besteht nach wie vor eine sehr starke Marktstellung der etablierten Versorger in den jeweiligen Netzgebieten.
  - Kaum Versorgerwechsel: Die Anzahl der Versorgerwechsel ist im Haushaltskundensegment auf sehr niedrigem Niveau.
  - Keine ausländischen Anbieter im Kleinkundensegment: Ausländische Anbieter sind im Kleinkundensegment nicht aufgetreten, neue Anbieter sind Tochtergesellschaften der etablierten Gasversorger.
  - Monopolistische Marktverhältnisse weiterhin aufrecht: Im Kleinkundensegment war es den Gasunternehmen möglich, die monopolistischen Marktverhältnisse vor der Liberalisierung im

Wesentlichen auf den liberalisierten Markt zu übertragen. Dies ist im Wesentlichen auf die im Zuge der Liberalisierung durchgeführte Marktkonzentration (EnergieAllianz, EconGas) zurückzuführen.

- Wettbewerb im Großkundensegment

Im Großkundensegment ist Wettbewerbsdruck erkennbar: es haben sich regelzonenweite Märkte gebildet.

- Nur geringer Wettbewerb durch ausländische Unternehmen: Es ist nicht festzustellen, dass im Großkundensegment die Gashändler einem massiven Wettbewerbsdruck durch Angebote ausländischer Unternehmen unterliegen. Wesentliche Markteintrittsbarriere ist dabei der Zugang zu Transit- und Transportkapazitäten auch außerhalb Österreichs.
- Die Wechselquote im Großkundensegment liegt deutlich höher als im Kleinkundensegment.
- Neue, ausländische Anbieter sind nur in geringer Zahl aufgetreten.

- Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten

- Auf den vorgelagerten Märkten ist erkennbar, dass nicht alle Gashändler die gleichen Bedingungen beim Zugang zu Gasbeschaffungsmärkten haben.
- Möglichkeiten zur Bezugskostenoptimierung (Zugang zu kurzfristigem Gashandelsmarkt) sind nicht für alle Gashändler gleich.
- Langfristverträge sind eine wesentliche Markteintrittsbarriere.
- Gleichbehandlung der Gashändler bei Zugang zu Transportleitungen ist nicht gewährleistet.
- Auf den Märkten, die Zusatzleistungen (Speicher, Ausgleichsenergie) anbieten, auf die die Gashändler zur Bereitstellung des Endkundenprodukts angewiesen sind, haben die marktbeherrschenden Unternehmen starke Einflussmöglichkeiten auf die Kosten der Gashändler. Da diese marktbeherrschenden Unternehmen auch Wettbewerber der Gashändler in den Absatzmärkten sind, wird diese Situation neue Anbieter nicht ermutigen, den Markteintritt zu wagen.

Der Zwischenbericht ist eine erste Analyse der Wettbewerbssituation auf dem österreichischen Gasmarkt. Eine rechtliche Bewertung der aktuellen Situation sowie der angeführten Kritikpunkte soll Gegenstand eines Gas-Endberichtes sein.

### **3. Lebensmittelhandel**

Die BWB hat ihre Untersuchungen des Lebensmitteleinzelhandels Anfang Juni 2004 eingeleitet. Auslösend für dieses Verfahren waren zahlreiche Medienberichte über die (angeblich wettbewerbswidrige) Auslistung eines Lieferanten durch einen Händler. Im Dezember 2004 veröffentlichte die BWB ihren 1. Teilbericht zum "Sonderbericht Lebensmitteleinzelhandel." Im Laufe der Untersuchungen wurden von der BWB (neben anderen Ermittlungshandlungen, wie z.B. Vernehmungen) bis Ende 2004 170 Auskunftsverlangen an Marktteilnehmer (Einzelhändler und Lieferanten) gerichtet. Der größte Teil dieser 170 Auskunftsverlangen wurde beantwortet. Jedoch 30 Lieferanten und 3 Handelsunternehmen verweigerten die Antwort ganz oder teilweise. Die BWB beantragte daraufhin im Februar 2005 die Beantwortung der nicht beantworteten Auskunftsverlangen beim Kartellgericht. Das Kartellgericht gab diesen Anträgen statt, wogegen die Unternehmen bis Anfang April 2005 Rekurse an das Kartellobergericht erhoben; die von der BWB beantragte Aberkennung der aufschiebenden Wirkung wurde verweigert.

Die Beschlüsse des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 15.2.2005 und 1.3.2005 wurden vom Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht aufgehoben und die einzelnen Rechtssachen zur neuerlichen Entscheidung an das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zurückverwiesen. Es sei "nach Beteiligung der Antragsgegnerin und der Amtspartei Bundeskartellanwalt am Verfahren und danach allenfalls erforderlicher Durchführung von Erhebungen" vom Erstgericht (in einem "Rechtsschutz garantierenden förmlichen Verfahren") "eine Abwägung der wechselseitigen Interessen vorzunehmen, nämlich einerseits der Interessen der BWB, die ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben wahrnehmen zu können, und andererseits die Interessen des betroffenen Unternehmens, nicht über Gebühr in Anspruch genommen zu werden." Zu einer eigenen Beurteilung und Entscheidung der Rechtsfrage "Interessensabwägung" auf Grund der (vorhanden gewesenen, recht umfassenden) Aktenlage sah sich der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht nicht in der Lage.

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (Erstgericht) hat daraufhin die betroffenen Unternehmen aufgefordert, binnen 14 Tagen zu den (mehr als viereinhalb Monate alten, den betroffenen Unternehmen inhaltlich seit im Schnitt mehr als acht Monate bekannten) Auskunftsbegehren der BWB schriftlich Stellung zu nehmen.

Einer der betroffenen Lieferanten beantragte beim Kartellgericht die Erstreckung dieser Frist zur Stellungnahme um weitere zwei Wochen und "begründete" seinen Antrag damit, er wolle unnötige Kosten sparen, indem er zunächst die Reaktion der BWB abwarte: Diese habe nämlich in den Medien angedeutet, dass sie sich mit dem Gedanken trage, den Antrag gemäß § 11 Abs. 5 WettbG zurückzuziehen. (Damit wurde die Haltung der BWB in dieser Sache - vornehm umschrieben - "zielgerichtet" missgedeutet). Der Antrag auf Fristerstreckung wurde vom Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht aber dennoch bewilligt.

Diese Bewilligung war in Anbetracht der geradezu provokanten "Begründung" des Fristerstreckungsantrages (vor dem Hintergrund der tatsächlichen Rechtslage) - nicht bloß für die BWB - verwunderlich.

Im Rahmen des zweiten Rechtsgangs erfolgten ausführliche schriftliche Auseinandersetzungen der BWB mit den betreffenden Unternehmen sowie mündliche Verhandlungen vor dem Kartellgericht in jedem der 33 Verfahren. In fast allen Fällen konnte schließlich bis Anfang des Jahres 2006 mit viel Aufwand eine außergerichtliche Einigung über die Erteilung der fehlenden Informationen erzielt werden. Lediglich mit einem einzigen Unternehmen - einem bekannten Wiener Nahrungsmittelerzeuger - musste das Gerichtsverfahren fortgeführt werden. In diesem Verfahren liegt nunmehr ein neuerlicher Beschluss des Erstgerichts vom 21.3.2006 (berichtigt am 10.4.2006) vor, der dem betroffenen Unternehmen die Erteilung der Auskünfte aufträgt.

Sämtliche nicht bloße Zukunftsprognosen, Vermutungen oder Schlussfolgerungen betreffende Fragestellungen sind dem kartellgerichtlichen Beschluss zufolge im Rahmen des Auskunftsverlangens zulässig; diesbezüglich besteht im Sinne des § 11a Abs. 3 WettbG 2005 (wie schon nach § 11 Abs. 5 WettbG 1988) eine Verpflichtung.

tung zur Beantwortung. "Die (sanktionslose) Verweigerung derselben würde dazu führen, dass die Bestimmungen im WettbG über Auskunftsverlangen totes Recht blieben, was wiederum das Funktionieren der Wettbewerbsbehörden schwer beeinträchtigen würde", formulierte das Kartellgericht zutreffend. Mögliche Adressaten eines Auskunftsverlangens sind alle Unternehmen, die nach Maßgabe des Erforderlichkeitskriteriums über möglicherweise relevante Informationen verfügen, wie z.B. auch Lieferanten.

Zur Frage der Verhältnismäßigkeit ("Interessensabwägung") führte das Kartellgericht aus, dass die BWB im Einzelnen Angaben zur Erforderlichkeit machen konnte, diesen habe die Antragsgegnerin jedoch im Wesentlichen bloß nicht stichhältige Pauschaleinwände entgegengehalten. Im Zuge einer Gesamtbetrachtung könne festgehalten werden, dass das betreffende Auskunftersuchen keine unverhältnismäßigen Belastungen für die Antragsgegnerin mit sich bringt, die zu den Erfordernissen der Untersuchung außer Verhältnis stehen.

Zur Berufung auf Geschäftsgeheimnisse erkannte das Kartellgericht - wie zuvor auch schon das Kartellobergericht -, dadurch werde in der Regel kein Auskunftsverweigerungsrecht begründet, soweit ausreichende Sicherheit vor Preisgabe und unbefugter Verwertung der betreffenden Informationen gewährleistet ist. Das Kartellgericht betont dazu, das Verwertungsverbot des § 11 Abs. 1 WettbG 2005 und die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit seien in diesem Zusammenhang eine ausreichende Sicherheit.

Eine Verletzung der Bestimmungen des Datenschutzgesetzes liege ebenfalls nicht vor, zumal die Bestimmungen über das Auskunftsverlangen im WettbG als Ermächtigungsnorm im Sinne von § 1 Abs. 2 DSGVO zu werten sind. Die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs ist ein wichtiges öffentliches Interesse, und durch die bereits genannten gesetzlichen Bestimmungen sind angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen gegeben.

Dieser neuerliche Beschluss des Kartellgerichts wurde vom betreffenden Wiener Nahrungsmittelerzeuger allerdings prompt wieder (mit Rekurs an das Kartellobergericht) angefochten; er ist weder rechtskräftig noch vollstreckbar.

# XI. Verfahren vor dem Kartellgericht (Auswahl)

## 1. Zusammenschlüsse

Ein Großteil der (bis 31.12.2005 beim Kartellgericht) angemeldeten Zusammenschlüsse ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unbedenklich. Nur einige wenige Vorhaben (weniger als 5%) geben nach inhaltlicher Prüfung durch die BWB Anlass zu Bedenken und sind daher (auf Betreiben der BWB) zur Ausräumung dieser Bedenken entweder entsprechend zu modifizieren oder in einem von BWB und/oder Bundeskartellanwalt beantragten kartellgerichtlichen Verfahren im Hinblick auf eine allfällige Untersagung (bzw. Nichtuntersagung mit Auflagen und Beschränkungen) zu untersuchen.

Zu betonen ist, dass die BWB sämtliche Fälle inhaltlich eingehend prüft und dabei stets bemüht ist, auftauchende wettbewerbsrechtliche Probleme in enger Zusammenarbeit mit den Parteien, aber auch unter Berücksichtigung gerechtfertigter Anliegen der übrigen Marktteilnehmer zu identifizieren und gegebenenfalls durch Abänderung des Vorhabens ausräumen zu lassen.

Förmliche Prüfungsanträge in Richtung einer Prüfung auch in einem Verfahren vor dem Kartellgericht müssen daher nur in ganz wenigen Fällen gestellt werden<sup>7</sup>.

Tabelle 7: Übersicht der Prüfungsanträge

GZ BWB/Kartellgericht	Unternehmen	Verfahrensverlauf Phase II
A-978 / 24 Kt 314, 355, 370/05	Thule AB	Zurückziehung des Prüfungsantrages
A-992 / 29 Kt 337, 392/05	Tunstall Holdings / Bridgepoint Capital	Nichtuntersagung mit Auflagen
A-1025 / 26 Kt 391, 434/05	Medicur Holding GesmbH / Österreichischer Rundfunksender GmbH & Co KG	Nichtuntersagung mit Auflagen
A-1050 / 24 Kt 417, 418, 464, 472/05	Vossloh AG	Zurückziehung der Anmeldung
A- 1197 / 25 Kt 640/05, 25 Kt 5,6/05	Arcelor SA	Zurückziehung des Prüfungsantrages

**Erläuterung:** Anträge der BWB auf kartellgerichtliche Prüfung von Zusammenschlüssen 1.7.2005 - 31.12.2005. Für den Zeitraum 1.1. - 30.6.2006 vgl. Beilage ./B.

./B

<sup>7</sup> Zur Politik der BWB in dieser Hinsicht vgl. den vorletzten Tätigkeitsbericht, S 24-25.

Seit Inkrafttreten des KartG 2005 mit 1.1.2006 sind Zusammenschlüsse unmittelbar bei der BWB anzumelden (§ 9 KartG 2005). Eine detaillierte Übersicht der bei der BWB zwischen 1.1.2006 und 30.6.2006 angemeldeten Zusammenschlüsse, der auch die Art des Abschlusses der Verfahren zu entnehmen ist, ist dem Tätigkeitsbericht als Beilage ./B angeschlossen.

./B

Prüft man diese Zusammenstellung näher, ergibt sich, dass die überwiegende Mehrzahl der Fälle in der Phase I (grüne Spalten) abgeschlossen werden konnte, nämlich 122 von 130 Fällen; in 25 dieser 122 Fälle (also nicht ganz 20% der Phase I - Fälle) wurde von den Amtsparteien ein Prüfungsverzicht abgegeben. In einem Fall wurde von den Anmeldern gegenüber der BWB eine Zusage abgegeben (Verbund / Stadtwerke Klagenfurt), eine Anmeldung wurde zurückgezogen.

In 5 Fällen (von 130 seit 1.1.2006 bei der BWB angemeldeten, d.h. in weniger als 4% aller Fälle) stellte die BWB (übrigens in der Regel auch der Bundeskartellanwalt) einen Prüfungsantrag, in einem Fall allerdings (Vierwochenfrist!) nur zur Fristwahrung. Nur in einem einzigem Fall hatte das Kartellgericht inhaltlich zu entscheiden. In den übrigen Fällen konnte(n) der bzw. die Prüfungsanträge (in 2 Fällen nach Abgabe von Zusagen durch die Parteien) zurückgezogen werden, womit das Gerichtsverfahren beendet war.

#### **a. Flughafen Wien - Airport Bratislava**

Am 1.2.2006 meldeten die Flughafen Wien AG (VIE) und die Penta Investments Limited den indirekten Erwerb von 66% der Anteile an der Betreibergesellschaft des Flughafens Bratislava (BTS) an. Die übrigen 34% der Anteile an BTS wären im Eigentum der Slowakischen Republik verblieben. Der Zusammenschluss wird letztlich aufgrund der Entscheidung der slowakischen Regierung von August 2006, vom Kaufvertrag zurückzutreten (die slowakische Wettbewerbsbehörde hatte nicht - wie im Kaufvertrag gefordert - bis 15.8.2006 entschieden), nicht zustandekommen. Daher wird die umfassende Prüfung des Zusammenschlusses durch die BWB im Folgenden lediglich verkürzt dargestellt.

Kernpunkt der Prüfung der BWB war die Frage, wie sich der Zusammenschluss im Bereich der Direktflüge im Kurz- und Mittelstreckenbereich (im Gegensatz zu Hub-

Dienstleistungen und Interkontinentalflüge sowie Cargo) auswirkt. Insbesondere wurde überprüft, ob sich die Nachfrage für Flughäfen in diesem Bereich von Billigfluggesellschaften (Low cost carrier/LCC), Linienfluggesellschaften (Full service airlines/FSA) und Chartergesellschaften unterscheidet und ob sich die Einzugsgebiete der Flughäfen Wien (VIE) und Bratislava (BTS) überschneiden. Hierzu versandte die BWB einen Fragebogen an 68 Fluglinien und führte Gespräche mit Reiseveranstaltern.

Ergebnis der Marktuntersuchung war, dass sich LCC, FSA und Charterfluggesellschaften in ihrem Nachfrageverhalten deutlich unterscheiden. Aus Sicht der LCC waren BTS und VIE austauschbar, weshalb der Zusammenschluss (quasi) zu einer Marktbeherrschung führt, weil im Großraum Wien - Bratislava keine weiteren größeren Flughäfen existieren, auf die die betroffenen Fluglinien ausweichen könnten.

Für FSA hingegen dürfte BTS per se keine Alternative für VIE sein und umgekehrt. Dennoch wurde klar, dass BTS ein wettbewerbliches Regulativ für VIE ist, insb. was die Gebühren in VIE betrifft (ohne Zusammenschluss würde BTS versuchen, Fluglinien von VIE anzuziehen, weshalb VIE stärkere Anreize hätte, Gebühren zu reduzieren, um eine Abwanderung zu verhindern). Aber auch der Verhaltensspielraum der Fluglinien in VIE selbst wird durch das Angebot von Fluglinien in BTS beschränkt, da sie bei ihrer eigenen Preisgestaltung zu einem weitaus überwiegenden Teil auf die Preise ihrer Konkurrenten in BTS achten. Auf den Charterbereich dürfte der Zusammenschluss hingegen relativ geringe Auswirkungen haben. Derzeit dürften nur wenige Passagiere aus Österreich - trotz Preisunterschied - an einem Abflug ab BTS interessiert sein.

Grundsätzlich wurde eine in Zukunft verstärkte Austauschbarkeit von VIE und BTS, v.a. aufgrund der besseren Verkehrsbedingungen, angenommen. Auch war aus Sicht der BWB zu berücksichtigen, dass sich BTS - auch ohne Zusammenschluss - sehr rasch zu einem großen Regionalflughafen entwickeln und damit in Zukunft noch verstärkt in Wettbewerb zu VIE stehen würde.

Der Zusammenschluss wurde von den LCC ausschließlich negativ, von FSA deutlich überwiegend negativ beurteilt. Die größte Problematik wurde im Gebühren- und Ra-

batt/Anreizsystem gesehen. Aber auch Fragen der Quersubventionierung von billigen Tarifen bzw. Anreizsystemen in BTS durch höhere Tarife in VIE u.ä. wurden aufgebracht. Die BWB stellte daher einen Antrag auf weitere Prüfung auch vor dem Kartellgericht.

Die BWB konnte allerdings in weiterer Folge - im Einvernehmen mit dem Bundeskartellanwalt - mit VIE eine Einigung über jene Auflagen nach § 17 Abs. 2 KartG 2005 erzielen, die bei Durchführung des Zusammenschlusses eingehalten hätten werden müssen. Das Verfahren vor dem Kartellgericht konnte von der BWB daher beendet werden.

Die vereinbarten Auflagen hatten den Zweck, den Entfall wettbewerblichen Drucks in Folge der Akquisition des Flughafens Bratislava auszugleichen. Hiefür wurde in erster Linie - mit Hilfe eines eigens entwickelten Indexes der Flughafengebühren - sichergestellt, dass die Gebühren in VIE nicht stärker erhöht worden wären als dies auf bestimmten vergleichbaren europäischen Flughäfen geschehen wäre. Weitere Auflagen betrafen die transparente Vergabe von Zeitnischen (slots), die Sicherung der Kapazität des Flughafens Wien Schwechat sowie ein buchhalterisches Unbundling (strenge buchmäßige Trennung, eigene G&V) sowohl in horizontaler (d.h. zw. Wien und Bratislava) als auch in vertikaler Hinsicht (d.h. zw. dem hier relevanten Geschäftsbereich Infrastruktur und den anderen Geschäftsbereichen).

#### **b. Bridgepoint – Tunstall**

Am 30.6.2005 meldete die Bridgepoint Capital Group Limited, London, Vereinigtes Königreich, ("Bridgepoint") beim Kartellgericht den (indirekten) Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der Tunstall Holdings Limited, Doncaster, Vereinigtes Königreich, ("Tunstall") an. Tunstall ist im Bereich der Herstellung von sozialen Notruf- und Kommunikationssystemen sowie verwandten Produkten und Dienstleistungen tätig. In diesem Geschäftsbereich ist auch Bridgepoint über die Attendo AB, Stockholm, Schweden, ("Attendo") tätig. Eine der Tochterunternehmen von Attendo, die Attendo Systems GmbH ("Attendo Österreich"), ist in Österreich ansässig.

Nach einer eingehenden Marktuntersuchung kam die BWB zu dem Schluss, dass das Vorhaben aufgrund der sich überlappenden Geschäftsbereiche zu einer Entste-

hung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem österreichischen Markt für soziale Notruf- und Kommunikationssysteme führen könnte. Die BWB beantragte daher am 1.8.2005 ein Prüfungsverfahren auch vor dem Kartellgericht.

Während des Verfahrens konnte zwischen Bridgepoint und der BWB einvernehmlich eine angemessene Lösung gefunden werden, die geeignet erschien, funktionsfähigen Wettbewerb am österreichischen Markt für soziale Notruf- und Kommunikationssysteme sicherzustellen.

Die Lösung beinhaltet, dass Attendo sämtliche Geschäftsanteile an Attendo Österreich im Rahmen eines Management Buy Outs veräußert. Zusätzlich sind folgende weitere Elemente mit dem Management Buy Out verbunden: (i) Ein exklusives Vertriebsrecht für Attendo Produkte in Österreich (ohne eine Mindestabnahmeverpflichtung), (ii) die Möglichkeit, Produkte auch von anderen (international tätigen) Herstellern im Bereich der sozialen Notruf- und Kommunikationssysteme zu beziehen, (iii) eine exklusive Produktions- und Markenlizenz für die bestehende (und zukünftige) Attendo-Produkte und (iv) direkte Lieferverträge mit den wichtigsten Herstellern der Attendo Gruppe.

Diese einvernehmliche, angemessene Lösung wurde – mit Zustimmung auch des Bundeskartellanwalts – als Auflage in den Freigabebeschluss des Kartellgerichts aufgenommen. Der Beschluss ist infolge Rechtsmittelverzichts aller Parteien rechtskräftig.

### **c. Medicur / ORS**

Im August 2005 wurde der mittelbare Erwerb von 40% Geschäftsanteilen der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG ("ORS") sowie von deren Komplementärgesellschaft Österreichische Rundfunksender GmbH durch die Medicur Holding GmbH ("Medicur") angemeldet. Das Zusammenschlussverfahren nahm auf den Umstand Bedacht, dass die ORS voraussichtlich den Zuschlag für die von der KOMMAustria ausgeschriebene Multiplex-Zulassung erhalten werde. Die KOMMAustria war in die Prüfung des Zusammenschlusses durch die Wettbewerbsbehörden eng eingebunden.

Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Amtsparteien konzentrierten sich auf eine mögliche Beeinträchtigung der Medienvielfalt infolge der vertikalen Integration der Medicur als marktstarkes/marktbeherrschendes Medienunternehmen (etwa in den Bereichen Tageszeitungen, Magazine, Außenwerbung) und Wettbewerbsbedenken hinsichtlich der Ausgestaltung des Elektronischen Programmführers (EPG), den die ORS als Multiplexbetreiber zu gestalten haben würde. Das Prüfungsverfahren ergab, dass allfälligen weiteren Gefahren der Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge der vertikalen Integration der Medicur und des ORF durch Antidiskriminierungsregeln und speziellen Zugangsbestimmungen des PrTV-G effektiv begegnet werden kann.

Eine Gefahr der Beeinträchtigung der Medienvielfalt wurde in dem Umstand gesehen, dass die ORS sich rechtlich auf der Basis des ORF-G oder des PrTV-G sowie faktisch durch die ihr zur Verfügung stehende Sendefunkinfrastruktur auch als Rundfunkveranstalter betätigen kann. ORS sah ihre Hauptaufgabe zwar im Bereich der Sendetechnik, wollte aber nicht ausschließen, dass ORS als Multiplexbetreiber zukünftig auch im Wege des Packaging Medieninhalte - wie Nachrichtenblöcke, Spielfilme etc. - zu einem Programm zusammenstellt und verbreitet.

Aufgrund der Medienbeteiligungen der Medicur widerspräche eine solche Geschäftstätigkeit den Wertungen von § 11 PrTV-G, der Medieninhaber mit besonders hohen Reichweiten etwa im Bereich Tageszeitung oder Wochenpresse von der Rundfunkveranstaltung nach PrTV-G ausschließt. Die BWB berücksichtigt bei der Prüfung des Vorliegens der Beeinträchtigung der Medienvielfalt iSv § 42c Abs. 5 KartG 1988 (nunmehr § 13 KartG 2005) im Rahmen systematischer Interpretation Wertung sachnaher Gesetze, so insbesondere des § 11 PrTV-G.

Die Beteiligten erklärten sich daher zur Zusage bereit, dass die ORS weder nach den Bestimmungen des Pr-TV-G noch nach den Bestimmungen des ORF-G in der jeweils geltenden Fassung Rundfunkveranstalter wird. Änderungen der Auflage können sich aus nachträglichen Gesetzesänderungen ergeben. Für die Gestaltung des EPG sowie für die Vermarktung von Werbeflächen auf dem EPG wurde ein Verbot festgelegt, diese Aufgabe einem Medienunternehmen, Mediendienst oder einem mit solchen Unternehmen i.S.d. § 11 Abs. 6 PrTV-G verbundenen Unternehmen zu über-

tragen (Ausnahme ORF). Zusätzlich wurden Antidiskriminierungsregeln für Werbebuchungen auf dem EPG festgelegt.

Der Zusammenschluss wurde vom Kartellgericht mit Beschluss vom 19.12.2005 mit diesen von der BWB ausgehandelten Auflagen freigegeben (26 Kt 391/05, 26 Kt 434/05).

#### **d. Styrian Airways - Kärnten Tourismus Holding**

Ende August 2005 wurde der Erwerb von 42,85% der Anteile an der Styrian Airways AG ("Styrian") durch die Kärnten Tourismus Holding GmbH ("Kärnten Tourismus") angemeldet.

Obwohl es durch den Zusammenschluss zu keiner horizontalen Überschneidung kam, wurde der Zusammenschluss von der BWB - vor dem Hintergrund, dass die Kärnten Holding auch Mehrheitseigentümer der Kärntnern Flughafenbetriebsgesellschaft mbH ist, die den Flughafen Klagenfurt betreibt - insbesondere auf eine mögliche Bevorzugung der Styrian durch den Flughafen Klagenfurt geprüft.

Die Ermittlungen der BWB kamen zu folgendem Ergebnis:

- Slotvergabe: Die Slotvergabe erfolgt nicht durch den Flughafen Klagenfurt, sondern durch die österreichweite Slotgesellschaft SCA Schedule Coordination Austria. Der Koordinator ist hiebei gemäß Artikel 4 Abs. 5 VO 95/1993 für die Zuweisung von Zeitnischen zuständig und hat gemäß Artikel 4 Abs. 3 VO 95/1993 unparteilich, nicht diskriminierend und in transparenter Weise zu handeln. Darüber hinaus stellte sich heraus, dass am Flughafen Klagenfurt zu keiner Tageszeit eine Knappheit an Slots besteht. Dies ist auch für die nähere Zukunft nicht zu erwarten.
- Genehmigungspflichtige Flughafenengebühren: Die Gebührenordnung des Flughafens Klagenfurt ist genehmigungspflichtig und unterliegt daher nicht der freien Entscheidung des Flughafens. Eine Abänderung wäre daher durch das BMVIT grundsätzlich erneut zu genehmigen. Darüber hinaus erarbeitet der Flughafen Klagenfurt derzeit ein transparentes, für alle Fluglinien gültiges Rabattsystem, das eine unsachliche Bevorzugung einzelner Fluglinien

ausschließen soll. Eine Diskriminierung von Styrian war daher auch in diesem Bereich nicht anzunehmen.

- Bodenabfertigungsdienstleistungen: Bodenabfertigungsdienstleistungen werden zum einen vom Flughafen Klagenfurt (durch die Destinations-Management GmbH) erbracht. Zum anderen wird die Bodenabfertigung durch Dritte oder durch die Fluglinien selbst durchgeführt. Da diese Tarife nicht genehmigungspflichtig sind, sah die BWB die potentielle Gefahr, dass Styrian bevorzugt wird. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der Großteil der Flugbewegungen durch die AUA erfolgt, von welcher die Bodenabfertigung selbst durchgeführt wird. Eine potentielle Gebührendiskriminierung würde daher nur einen kleinen Teil der Flugbewegungen betreffen.

Mit Ausnahme der nicht genehmigungspflichtigen Gebühren war daher die Gefahr einer aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematischen Diskriminierung von Styrian durch den Flughafen Klagenfurt aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen sowie der faktischen Situation am Flughafen Klagenfurt nicht anzunehmen. Um jedoch jegliche wettbewerbliche Problematik auszuschließen, gab die Styrian auf Wunsch der BWB folgende Verpflichtungszusage ab:

*"Die STYRIAN verpflichtet sich, von der Kärntner Flughafenbetriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung (und Unternehmen, welche mit dieser im Sinne des Kartellgesetzes verbunden sind) für Leistungen der Abwicklung von Flügen am Flughafen Klagenfurt, die keiner behördlichen Preiskontrolle oder Preisregelung unterliegen, keine Preise zu verlangen oder in Anspruch zu nehmen, die Mitbewerber der STYRIAN am Flughafen Klagenfurt in unsachlicher Weise diskriminieren.*

*Diese Verpflichtung erlischt, sobald die STYRIAN und die Kärntner Flughafenbetriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung nicht mehr im Sinne des Kartellgesetzes verbunden sind."*

Mit dieser Verpflichtungszusage wurden die Bedenken der BWB ausgeräumt, weshalb sie keinen Antrag auf Durchführung auch eines kartellgerichtlichen Verfahrens stellte.

#### **e. Let's Print - Strohal Druck**

Im November 2005 wurde der Erwerb der Strohal Rotationsdruck GmbH (Strohal) durch die Let's Print Holding (LP) angemeldet. Der Zusammenschluss betraf den Druckereimarkt, insbesondere den Heatset-Rollenoffset-Druck.

Umfangreiche Recherchen sowie Befragungen von Kunden und Konkurrenten durch die BWB ergaben folgendes Bild:

- Aufgrund der Ergebnisse der telefonischen Befragung von Kunden und Konkurrenten war anzunehmen, dass die einzelnen Druckverfahren (Bogenoffset, Heatset-Rollenoffset, Tiefdruck) unterschiedliche sachliche Märkte bilden, da Druckprodukte in bestimmten Qualitäten (z.B. Hochglanz) und bestimmten Seitenanzahlen (z.B. unter 48 Seiten) nur mit einem bestimmten Druckverfahren wirtschaftlich hergestellt werden können. Es war daher wahrscheinlich von einem Heatset-Rollenoffset-Markt auszugehen. Die exakte Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes konnte jedoch letztlich offen gelassen werden, da keine mögliche sinnvolle Marktabgrenzung (z.B. nur Heatset-Rollenoffset; nur Werbedruck) eine problematische Marktstellung ergab.
- Es wurde von einem zumindest österreichweiten Markt ausgegangen. Insbesondere für höhere Auflagen dürfte der Markt zwar größer sein. Dafür sprechen nicht nur hohe Im- und Exporte sondern auch internationale Ausschreibungen von Druckaufträgen. Andererseits wurde aber in der Befragung z.T. die Problematik der größeren Vorlaufzeiten bei ausländischer Vergabe betont, weshalb sich der Wettbewerbsdruck vom Ausland in Grenzen halte. Es war jedenfalls von einem zumindest österreichweiten Markt auszugehen.
- Mit dem Zusammenschluss entsteht zwar eindeutig die größte österreichische Druckerei. Sie ist jedoch starkem und zunehmendem Wettbewerbsdruck vom Ausland, insbesondere Osteuropa, ausgesetzt. Aber auch innerhalb von Österreich dürften - u.a. aufgrund der vorhandenen Überkapazitäten - genügend Ausweichmöglichkeiten sowie generell ein sehr harter Kampf in der Branche bestehen, der u.a. anhand der Marktaustritte ersichtlich ist. Der Zusammenschluss wurde daher weder von den befragten Kunden noch

Konkurrenten als problematisch angesehen. Strohal ist darüber hinaus v.a. auf den ausländischen Markt konzentriert, und nicht auf Österreich.

Die von den Anmeldern betonte zunehmende Konkurrenz für den Rollenoffset-Druck durch den ausländischen Tiefdruck (in Österreich existieren derartige Maschinen noch nicht) war zwar logisch nachvollziehbar, wurde aber in der telefonischen Befragung nicht bestätigt. Es wurde einerseits auf die unterschiedliche Qualität (Hochglanz etc.), andererseits auf die Bedeutung der Seitenanzahl (Tiefdruck erst ab 48 Seiten) verwiesen. Es war daher anzunehmen, dass die Drucktechniken in Zukunft vermehrt austauschbar sein werden, sie dies jedoch zumindest derzeit in noch nicht ausreichendem Maße sind, um tatsächlich von einer Austauschbarkeit der Produktionstechniken ausgehen zu können.

Aufgrund all dieser Überlegungen war nicht davon auszugehen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die BWB stellte daher keinen Antrag auf ein Verfahren auch vor dem Kartellgericht. Auch der Bundeskartellanwalt hat keinen solchen Antrag gestellt.

#### **f. Erste Bank / Ceska sporitelna, a.s. / Slovenská sporitelna, a.s**

Mit Beschluss vom 12.08.2005 wies das Kartellgericht den Antrag der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG (Erste Bank) auf Feststellung gemäß § 8a KartG 1988, dass der Erwerb der Tschechischen Sparkasse Ceska sporitelna, a.s. und der Slowakischen Sparkasse Slovenská sporitelna, a.s. im Jahr 2000 bzw. 2001 nicht der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 41 ff KartG 1988 unterliegen, ab. Nicht hingegen anmeldebedürftig seien der Erwerb der Rijecka Banca (Kroatien) und der Postabank (Ungarn), ebenfalls durch die Erste Bank. Alle vier erworbenen Unternehmen erzielen in Österreich keine Umsätze, weshalb die Erste Bank der Auffassung war, dass keine Anmeldepflicht (keine Inlandsauswirkung) vorlag.

Das Kartellgericht hielt fest, dass "das Nichttätigwerden der Zielgesellschaften selbst auf dem inländischen Markt - weder in Form von Tochterunternehmungen noch in Form direkter umsatzgenerierender Aktivitäten - die Möglichkeit einer spürbaren Auswirkung auf denselben noch nicht ausschließt. Der Erwerb der Ceska und der Slovenská war - ex ante betrachtet - geeignet, die Finanz- und Ertragslage der An-

tragssteller wesentlich zu erhöhen. ... Ein solcher Einfluss auf die Finanz- und Ertragslage einer österreichischen Bankengruppe, welche zum Erwerbszeitpunkt mit ca. 30% Marktanteilen eines der führenden Finanzdienstleistungsunternehmen darstellte, war auch geeignet, sich spürbar auf den inländischen Markt auszuwirken." Darüber hinaus wurde vom Kartellgericht auf Synergieeffekte hingewiesen, die in der gemeinsamen Nutzung von Ressourcen Vorteile für sämtliche beteiligte Unternehmen bringen kann. Für das Kartellgericht eine weitere Untermauerung für eine (mögliche) Inlandsauswirkung.

Der Feststellungsantrag der Erste Bank war auf Anregung der BWB eingebracht worden.

In seiner Entscheidung vom 27.2.2006 (16 Ok 49/05) gab das Kartellobergericht dem Rekurs der Erste Bank gegen den soeben beschriebenen Beschluss Folge, hob die Entscheidung des Kartellgerichtes auf und erklärte den Zusammenschluss der Erste Bank mit der Ceska und Slovenska sporitelna für nicht anmeldebedürftig.

Das Kartellobergericht meint, dass bei der Prüfung der Inlandsauswirkung Auslandsumsätze nicht zu berücksichtigen seien, wenn es sich um ausländische Unternehmen handelt, die erworben werden.

*"Durch den Erwerb eines Unternehmens im Ausland, das auf einem abgegrenzten ausländischen Markt tätig wird, ändert sich aber an der Anzahl der am für das Inland relevanten Markt - dieser kann auch Teil eines Weltmarktes sein ... - tätig werdenden 'selbständigen Marktteilnehmer' nichts. Derartige Zusammenschlüsse wurden auch bisher nicht von der österreichischen Zusammenschlusskontrolle erfasst."*

Das Kartellobergericht hält mit dieser Entscheidung seinen "Zickzackkurs" in der Frage Inlandsauswirkung aufrecht: Ging es in manchen früheren Entscheidung von "potentieller Inlandsauswirkung" als für die Anmeldepflicht ausreichend aus, hält es sich in dieser Entscheidung starr an den "abgegrenzten ausländischen Markt" (die Zielunternehmen erzielen in Österreich keine Umsätze) und lässt die - im gegebenen Fall signifikanten - Auswirkungen auf den österreichischen Markt außer acht bzw.

bagatellisiert sie (Verstärkung der Finanzkraft, Ausgliederung von Bereichen, Ressourcenverstärkung, etc.).

Auffällig ist dabei, dass sich das Kartellobergericht zu seiner eigenen kurz vorher ergangenen Entscheidung Lenzing / Tencel (16 Ok 1/05 vom 14.2.2005) mit keinem Wort äußert, in welcher der Kauf der (in London angesiedelten) Tencel, die in Österreich keine Umsätze erzielt, für anmeldebedürftig erklärt wurde. Warum in einem Fall der Erwerb einer bloß im Ausland tätigen Zielgesellschaft anmeldebedürftig ist, im anderen Fall nicht, das bleibt im Dunkeln.

Offen ist auch, warum plötzlich starr staats- bzw. völkerrechtlich auf die "abgegrenzten ausländischen" und "inländischen" Märkten abgestellt wird, ohne zu fragen, ob der "inländische" oder der "ausländische" Markt ökonomisch zu ein und demselben (Teil)Markt gehören. So sind im Anlassfall z.B. einige Teilmärkte im Retailbanking (z.B. Wertpapiergeschäft, internationale Finanzierung) eben gerade nicht mehr national abgegrenzte Märkte. Dass zudem in einem immer näher zusammenwachsenden Europa die starre staatsrechtliche bzw. völkerrechtliche Sicht auf "abgegrenzte ausländische" Märkte (v.a. wenn sie - wie im vorliegenden Fall - unmittelbar benachbarte Mitgliedstaaten der EU betrifft) mit dem Gebot des Binnenmarktes nicht zusammenpasst, ist offensichtlich.

Das Kartellobergericht verlagert die Maßgeblichkeit der Kriterien für die Inlandsauswirkung ernstlich auf die viel spätere Phase der (erst nach erfolgter Anmeldung vorzunehmenden) Prüfung der Marktbeherrschung. Es spricht aus, dass die "Verbesserung der Finanzkraft durch den Kauf von ausländischen Unternehmensbeteiligungen" erst "bei der Beurteilung der weiteren Fragen eine Rolle spielen" (gemeint ist offenbar die Marktbeherrschungsprüfung) kann. Was das praktisch heißen soll, wenn doch der Erwerb eines ausländischen und nur im Ausland tätigen Unternehmens durch ein österreichisches Unternehmen nach neuester Meinung des Kartellobergerichtes ohnehin nicht einmal anmeldebedürftig ist, bleibt verborgen.

Alles in allem:

Ein Tiefschlag gegen die Wettbewerbskontrolle in Fusionsfällen. Dabei mag zwar - in "wirtschaftlicher" Betrachtungsweise - die Absicht Pate gestanden haben, zivilrechtli-

che Nichtigkeitsfolgen bei nicht zur Fusionskontrolle angemeldeten, aber dennoch durchgeführten Auslandserwerben so weit wie möglich zu vermeiden. Eine solche Sicht der gebotenen (§ 1 KartG 1988 bzw. § 20 KartG 2005) "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" wäre aber sowohl fusionskontrollrechtlich als auch wettbewerbspolitisch eine missverständene.

Umso sorgfältiger wird die BWB in Zukunft nicht angemeldete Auslandserwerbe, was ihre Auswirkungen betrifft, ex post kritisch "unter die Lupe nehmen".

## **2. Kartelle und Marktmachtmissbräuche**

### **a. ORF / Österreichischer Schiverband - Übertragungsrechte**

Die BWB prüfte aufgrund einer Beschwerde im Juni 2005 die Vermarktung der Medienrechte für österreichische Ski Weltcupveranstaltungen durch den ÖSV und den diesbezüglich abgeschlossenen Vertrag zwischen ÖSV und ORF, durch welchen der ORF für die Dauer von 10 Jahren exklusive Rundfunkrechte an allen österreichischen Ski Weltcupveranstaltungen erworben hat.

Als relevanter Markt wurde der Markt für den Handel mit Medienrechten an ganzjährig ausgetragenen Ski-Weltcup-Veranstaltungen identifiziert. Die österreichischen Veranstaltungen bilden einen wesentlichen Teil dieses Marktes. In geografischer Hinsicht war der relevante Markt auf österreichisches Staatsgebiet zu beschränken, da im Zentrum der Aufmerksamkeit die Vermarktung von TV-Ausstrahlungsrechten im Sendegebiet Österreich steht.

Im Jänner 2006 teilte die BWB dem ÖSV und dem ORF ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Detail mit. Einige Vertragsklausel - insbesondere die im internationalen Vergleich unüblich lange Vertragsdauer und der Umfang der exklusiven Rechte - bewirken eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Andere Rundfunkveranstalter sind von diesem wesentlichen Teil des Marktes ausgeschlossen.

Seit März 2006 verhandelt die BWB mit den Beteiligten über Verpflichtungszusagen. Diese sollen schließlich in dem diesbezüglich vorgesehenen Verfahren (§§ 26, 27

KartG 2005) für bindend erklärt werden. Zu diesem Zweck wurde Anfang Juli 2006 ein Antrag der BWB beim Kartellgericht eingebracht.

**b. "Unverbindliche Verbandsempfehlung" (Honorarordnung) der Baumeister<sup>8</sup>**

Das Kartellobergericht hat am 20.12.2005 (16 Ok 45/05) die Entscheidung des Kartellgerichtes vom 14.4.2005 bestätigt, wonach die Honorarordnung der Baumeister (HOB) österreichischem und europäischem Kartellrecht widerspricht. Auch (unverbindliche) Empfehlungen können mit Kartellrecht unvereinbar sein. Das Verfahren war durch Anträge der BWB und des Bundeskartellanwaltes ausgelöst worden (vgl. die Homepagemeldung der BWB vom 27.5.2005).

Aus der Begründung der Entscheidung des Kartellobergerichtes:

*"Die neuere Rechtsprechung des EuGH zeigt die Tendenz, den Begriff 'Beschlüsse' iSd Art. 81 EG weit auszulegen. So hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Empfehlung, selbst wenn sie nicht verbindlich ist, der Anwendung des Art. 81 EG nicht entzogen ist, wenn der Beschluss ein getreuer Ausdruck des Willens des Verbandes war, das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt der Empfehlung zu koordinieren; dann liegt ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung vor (EuGH verb Rs 96-102, 104, 105, 108 und 110/82, IAZ, Slg 1983, 3369 Rz 20; Rs 45/85, Verband der Sachversicherer, Slg 1987, 405 Rz 32)."*

*"Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin mit der Verfassung und Hinausgabe der HOB angestrebt, dass sich die aus der HOB ergebenden Honorare am Markt durchsetzen. Dass die HOB als getreuer Ausdruck des Willens der Antragsgegnerin anzusehen ist, das Verhalten ihrer Mitglieder - planende Baumeister - auf dem Markt der baumeisterlichen Planungs- und Betreuungsleistungen zu koordinieren, wird weiters auch dadurch deutlich, dass die HOB weitgehend wie ein anordnendes Regelwerk formuliert ist (vgl 16 Ok 8/98), die sehr detaillierte Honorarordnungen über Jahrzehnte hinweg herausgegeben und laufend angepasst wurden. Schließlich steht auch fest, dass ein Großteil der Empfänger der Empfehlung diese nach wie vor befolgt, indem sie die HOB für die Erstellung der Angebote - auch in Bezug auf die Hö-*

---

<sup>8</sup> Zahlreiche Honorarordnungen wurden und werden außer- /vorgerichtlich geklärt - vgl. Kapitel IX.

he des Honorars ... - verwenden. Die HOB beruhen daher auf einem Beschluss der Antragsgegnerin im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH brauchen die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn diese ersichtlich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes bezweckt. Dies gilt auch für den Beschluss einer Unternehmensvereinigung (EuGH Urteil "Verband der Sachversicherer" Slg 1987, 405, Rz 39). Der EuGH hat befunden, dass schon die Festsetzung von Preisen durch eine Unternehmensvereinigung, sei es auch nur von Richtpreisen, den Wettbewerb dadurch beeinträchtigt, dass diese Richtpreise sämtlichen Teilnehmern am Kartell die Möglichkeit gibt, mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen, welche Preispolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden ... Dass die Antragsgegnerin die Wettbewerbsbeschränkung bezweckte, ergibt sich zum einen aus der Feststellung, dass die Entscheidungsträger der Antragsgegnerin mit der Beschlussfassung auch anstrebten, dass sich die aus der HOB ergebenden Honorare am Markt durchsetzen, zum anderen auch - wie das Erstgericht zutreffend aufzeigte - aus der Behauptung der Üblichkeit der empfohlenen Honorare und den festgestellten vorschreibenden Passagen des Regelwerks. Hatte aber der Beschluss der Verbandsempfehlung die Beschränkung des Wettbewerbes zum Ziel, so ist es unerheblich, wenn die festgesetzten Preise in der Praxis nicht beachtet werden, indem Nachlässe gewährt werden (vgl. EuGH Rs 246/86, *Belasco*, Slg 1989, 2117 Rz 15/16, *Schröter aaO* Art. 81 Abs. 1 EG Rz 145 mwN aus der *Rspr* des EuGH). Im Sinn dieser Rechtsprechung hat das Erstgericht zutreffend eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Art. 81 Abs. 1 lit a EG bejaht. Dass nach den gegenwärtigen Marktverhältnissen Honorare in sich laut HOB ergebender Höhe nur noch in Einzelfällen - dies aber immer wieder - vereinbart und verrechnet werden, ist für die Beurteilung der Preisfestsetzung als Wettbewerbsbeschränkung ohne Bedeutung. Da es sich bei den in Art. 81 Abs. 1 EG angeführten Beispielen um Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die schon ihrer Natur nach schwer ins Gewicht fallen, sind sie grundsätzlich auch spürbar."

Zur Zwischenstaatlichkeit (Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendbarkeit des EG-Rechtes) hat das Kartellobergericht ausgeführt:

"Im Anlassfall ist zunächst davon auszugehen, dass die Verbandsempfehlung an alle planenden Baumeister in ganz Österreich gerichtet ist, der Beschluss der Antragsge-

*gnerin daher das gesamte Gebiet Österreichs erfasst. Die HOB betreffen auch Leistungen, die österreichische planende Baumeister für Kunden in anderen Mitgliedstaaten erbringen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen auch von ausländischen Anbietern Angebotslegung und Verrechnung auf der Basis der HOB oder der Honorarordnung der Architekten verlangen. Ins Gewicht fällt weiters, dass neben der HOB Honorarordnungen mit im Wesentlichen gleichen Honorarempfehlungen bestehen, die Mitglieder der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für gleichartige Leistungen anwenden. Die kumulative Wirkung aller dieser Honorarempfehlungen ist zu berücksichtigen ... Diese Umstände sind geeignet, ausländischen Anbietern den Marktzutritt zu erschweren."*

*"Aus all diesen Gründen hat die Antragsgegnerin durch Beschluss, Ausgabe und Aufrechterhaltung der HOB Art. 81 Abs. 1 EG verletzt."*

Zur Behauptung, die HOB seien nach Artikel 81 Abs. 3 EG freistellbar bzw. gerechtfertigt, hat das KOG erwidert, *"dass nach den Feststellungen die am Markt erzielbaren Honorare für die der Verbandsempfehlung erfassten Leistungen deutlich unter den sich aus der HOB ergebenden Honoraren liegen, sodass von einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht die Rede sein kann."*

Mittlerweile hat die Bundesinnung Bau - in Abstimmungen mit den Amtsparteien - einen kartellrechtskonformen "Leitfaden zur Kostenabschätzung" herausgegeben. Näheres vgl. Kapitel IX.

### **c. Grazer Fahrschulen**

Das Kartellgericht verhängte am 28.10.2005 über sechs Fahrschulgesellschaften bzw. Fahrschulinhaber auf Antrag der BWB und des Bundeskartellanwalts wegen verbotener Preisabsprachen für den Raum Graz eine Geldbuße von insgesamt €75.000,-, wobei bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt wurde, dass die Preiskartellbildung im Zuge des Verfahrens zugegeben worden war. Die BWB, der Bundeskartellanwalt und die Antragsgegner hatten auf Rechtsmittel verzichtet; die Bußgeldentscheidung des Kartellgerichts ist somit rechtskräftig.

#### **d. Haftungsverbund Erste Bank / Sparkassen**

Zum 1.1.2002 haben Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG ("Erste Bank") und 53 Sparkassen<sup>9</sup> eine *Grundsatzvereinbarung* abgeschlossen, die eine umfassende Zusammenarbeit der Vertragspartner vorsieht. Die meisten der 53 Sparkassen stehen mit der Erste Bank in keinem Konzernverhältnis und sind "rechtlich unabhängig". Kernpunkte der Vereinbarung waren die Vereinheitlichung der Geschäfts- und Marktpolitik und die Gründung eines Haftungsverbundes mit der Verpflichtung zu einem Früherkennungssystem und zur gegenseitigen Unterstützung bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines der Partner. Zur Umsetzung der Grundsatzvereinbarung wurde ein Gemeinschaftsunternehmen (*sHaftungs- und Kundenabsicherungs GmbH*) gegründet. Mit 1.9.2002 haben die Vertragsparteien eine *Ergänzungsvereinbarung* abgeschlossen, mit der sich die Vertragsparteien zu einer noch engeren Zusammenarbeit verpflichteten (gemeinsame Beiräte, weitestgehende gegenseitige Transparenz etc.).

Diese vertraglichen Verpflichtungen ermöglichten der Erste Bank - auf Grund einer Änderung des Bankwesengesetzes - die Konsolidierung der Mittel der Sparkassen als Eigenmittel (rund € 300 Mio.), weil eine Kreditinstitutsgruppe (zwischen ihr und den Sparkassen) entstanden ist.

Die Sache wurde mittels Beschwerde (der Bank Austria - Creditanstalt) zuerst bei der Europäischen Kommission im März 2003 (und im Mai 2003 bei der BWB) anhängig gemacht. Aufgrund des großen Nahebezuges zu Österreich trat die Europäische Kommission noch im April 2003 an die BWB heran und hat ihr den Fall abgetreten. (Die Europäische Kommission hat daraufhin ihr Verfahren eingestellt.) Die BWB hat die Beschwerde geprüft und mit Schriftsatz vom 15.1.2004 beim Kartellgericht die Untersagung des Vertragswerkes zum Haftungsverbund wegen Verstoßes gegen Artikel 81 EG (wettbewerbswidrige Absprache) beantragt. (Durch eine Novelle des Bankwesengesetzes und des Kartellgesetzes im Jahr 2002 war nationales Wettbewerbsrecht - zumindest teilweise - auf Haftungsverbände nicht anwendbar.) Dem Antrag der BWB hat sich die Bank Austria - Creditanstalt angeschlossen.

---

<sup>9</sup> Folgende 8 Sparkassen sind weder der Grundsatzvereinbarung noch der "Haftungsgesellschaft" beigetreten: Sparkasse Schwaz, Sparkasse Reutte, Sparkasse Kufstein, Sparkasse Kitzbühel, Sparkasse Mittersill, Sparkasse Ried, Waldviertler Sparkasse und Sparkasse Aspang.

In einem Zwischenbeschluss (dem Grunde nach) vom 13.6.2006 hat das Kartellgericht nach zweieinhalbjähriger Verfahrensdauer dem Antrag der BWB stattgegeben und die Vereinbarungen für (teilweise) kartellrechtswidrig erklärt.

Im Einzelnen analysiert das Kartellgericht auf 270 Seiten die umfangreichen vertraglichen und faktischen Gegebenheiten des Haftungsverbundes. Einzelne Teile des Vertragswerkes (v.a. die Ergänzungsvereinbarung) sowie die gemeinsame Preisfestsetzung über einen sogenannten Kreditrechner (auf der gemeinsamen Internetseite der Erste und der Sparkassen) widersprechen EG-Kartellrecht (Artikel 81 Abs. 1 EG). Durch die Ergänzungsvereinbarung wird die gesamte Datenübermittlung nicht nur an die sHaftungsgmbH, sondern auch an die Erste Bank durchgeführt. Dadurch erhält die Erste Bank als unmittelbarer Wettbewerber der Sparkassen zusätzlichen Einblick in die Geschäftspolitik und -planung der Sparkassen, die sie sonst nicht hätte. Dies vor dem Hintergrund, dass Sparkassen und Erste Bank seit vielen Jahren ohnedies "Parallelaktivitäten" im Sektor bereinigen - z.B. durch eine gemeinsame Marke, durch Filialenabtausch, gemeinsame Produkte und Plattformen etc. Dieser Effekt wird dadurch verstärkt, dass die Geschäftsführer der HaftungsgmbH auch Angestellte der Erste Bank sind.

Das Kartellgericht kommt in seiner ausgewogenen Entscheidung zutreffend auch zum Ergebnis, dass Teile der Kooperation nicht nur sinnvoll sind, sondern auch zum Vorteil der Verbraucher und damit "freistellbar" (im Sinne von Artikel 81 Abs. 3 EG) sind. Dies bestätigt die Auffassung der BWB, wonach bei der Gründung des an sich sinnvollen Haftungsverbundes (unter Missachtung des "Bepackungsverbotes") leider Teile hinzugenommen wurden, die seine kartellrechtliche Unzulässigkeit bewirkt haben. Erste Bank und Bank Austria-Creditanstalt haben Rekurs gegen die Entscheidung erhoben. Die BWB hat kein Rechtsmittel erhoben.

#### **e. Constantin Filmholding GmbH**

Die Entscheidung des Kartellobergerichtes vom 26.6.2006 (16 Ok 3/06) über Abstelungsanträge einiger Kinobetreiber und der BWB gegen die Constantin Filmholding GmbH ("Constantin") wurde bereits im Tätigkeitsbericht 2004/05 behandelt. Das Kartellobergericht bestätigte die Entscheidung des KG vom Dezember 2005, mit welcher der Constantin eine Geldbuße von € 150.000,- auferlegt worden war.

Das KOG beanstandete in seiner Begründung systematisch fortgesetzte Missbrauchshandlungen als Teil einer gezielten Unternehmensstrategie, welcher in Anbetracht der Vielzahl von Verletzungshandlungen eine zielgerichtete und planmäßige Absicht zugrunde gelegen sei. Den Feststellungen zufolge besteht diese Strategie v.a. darin, dass Lieferverweigerung gegenüber den Mitbewerbern durchwegs ohne sachliche, das heißt nachvollziehbare bzw. zutreffende, Begründung erfolgte, während die örtlich konkurrierenden Kinos der Constantin beliefert wurden, obwohl deren Umsatzzahl teilweise deutlich unter denen von Mitbewerbern lagen. Auch die sehr kurzfristige Zusage einer Filmkopie ist nach Ansicht der Kartellgerichte eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, weil für eine entsprechende Bewerbung des Films kein Raum bleibt und in Anbetracht der zwangsüblichen erforderlichen Vorlaufzeiten denkunmöglich ist, dass dem betreffenden Filmverleihunternehmen nicht früher bekannt war, dass der Film in eigenen Kinos eingesetzt werde.

### **3. Verfahrensfragen**

#### **a. Kostenersatz durch Amtsparteien**

Die BWB beantragte beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht die Untersagung einer vertikalen Vertriebsbindung wegen Verstoßes gegen Artikel 4 und Artikel 5 der vertikalen Gruppenfreistellungsverordnung. Die Amtsparteien schlossen in weiterer Folge mit den betroffenen Vertragspartnern vor dem Kartellgericht einen Vergleich, der dem Begehren der BWB vollinhaltlich Rechnung trug. Das erstinstanzliche Verfahren wurde damit beendet.

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht bestimmte hierauf, dass die Antragsgegnerin eine gerichtliche Rahmengebühr in der Höhe von € 3.000,- zu zahlen habe. Gegen die Höhe dieser Rahmengebühr erhob die Antragsgegnerin Rekurs und beantragte zugleich, der BWB die Rechtsanwaltskosten für das Verfassen des Rekurs-Schriftsatzes aufzuerlegen. Gegen dieses Begehren brachte die BWB eine Rekursbeantwortung, die sich ausschließlich mit der Frage der Rechtsanwaltskosten befasste, ein.

Das KOG (16 Ok 2/06) erkannte in diesem Zusammenhang zu Recht, dass eine Kostenersatzpflicht für eine Amtspartei grundsätzlich nicht vorgesehen ist. Weiters: Für die Rahmengebühr zahlungspflichtig ist in jenen Fällen, in denen ein Antrag von einer Amtspartei gestellt wurde, der Antragsgegner dann, wenn dem Antrag der Amtspartei auch nur teilweise stattgegeben wird. Unterliegt eine Amtspartei mit ihrem Antrag zur Gänze, sind vom Antragsgegner überhaupt keine Gebühren zu entrichten.

Nach zutreffender Auffassung des KOG ist das Ergebnis - unabhängig von der Form - entscheidend. Daher ändert sich auch nichts, wenn das Ergebnis in Form eines Vergleiches erzielt wurde. Da ein Vergleich einem teilweisen Stattgeben gleichkommt und der Vergleich im vorliegenden Fall i.S.d. Antrages der BWB geschlossen wurde, ist unter Beachtung obiger Grundsätze der Antragsgegner zahlungspflichtig.

#### **b. Antragslegitimation**

Das Kartellobergericht hat am 20.12.2005 (zu 16 Ok 6/05) in einer verfahrensrechtlichen Entscheidung endgültig klargestellt (und damit die Entscheidung des Kartellgerichtes bestätigt, welches der Auffassung der BWB gefolgt war), dass auch betroffene Wettbewerber und nicht nur die Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) dazu aktiv legitimiert sind, Untersagungsanträge wegen Verstößen gegen Artikel 81 bzw. Artikel 82 EG einzubringen.

Das KOG verweist auf die ErläutRV 1005 BlgNr. 21. GP zu § 42f KartG 1988:

*"Der Begriff der Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes, die vom Kartellgericht nach § 42f Abs. 1 auch in diesen Fällen anzuwenden sind, ist nach dem Zweck der Bestimmungen weit auszulegen und umfasst nicht nur den VI. Abschnitt, sondern auch die in verschiedenen Bestimmungen geregelten Antragsbefugnisse. Das heisst, dass das Kartellgericht auch in diesen Fällen nicht von Amts wegen tätig wird, sondern je nach Gegenstand des Verfahrens auf Antrag einer Amtspartei oder eines individuellen Antragstellers."*

Weiters begründet das Kartellobergericht:

*"Die Ansicht des Rekurses, das Kartellgericht sei bei einem Individualantrag eines Unternehmers (§ 25 Abs. 3 Z 3 KartG 1988) keine Wettbewerbsbehörde im Sinn des*

*Art. 5 VO (EG) Nr. 1/2003, weshalb seine Zuständigkeit nach § 42f KartG 1988 nicht gegeben sei, ist unzutreffend. Die VO (EG) Nr.1/2003 enthält keine Vorgaben für die Mitgliedstaaten, wie sie die Stellung und Rechte von Beschwerdeführern in Verfahren der mit der Durchsetzung der Verbote der Art. 81 und 82 EG betrauten Wettbewerbsbehörde auszugestalten haben (vgl Schwarze/Weitbrecht aaO 160 ff; Hossenfelder in Loewenheim/Messen/Riesenkampff, Kartellrecht I 740). Demnach ist es dem österreichischen Gesetzgeber unbenommen, einem Unternehmer im Sinn des § 25 Abs. 3 Z 3 KartG 1988 die Berechtigung zur Stellung eines allein auf Art. 81 Abs. 1 EG gestützten Untersagungsantrag bei dem vom Gesetzgeber - wie dies § 42f KartG 1988 iVm § 3 Abs. 1 WettbG klar zum Ausdruck bringt - zu Entscheidungen zur Durchsetzung der Verbote der Art. 81 Abs. 1 und 82 EG als Wettbewerbsbehörde im Sinn des Art. 35 VO (EG) Nr. 1/2003 bestimmten Kartellgericht einzuräumen."*

### **c. Englischsprachige Beilagen**

Das Kartellgericht wies im Zuge eines Zusammenschlussverfahrens mehrere englischsprachige Beilagen mit der Begründung zurück, sie seien "zur ordnungsgemäßen geschäftlichen Behandlung ungeeignet", zumal nach Artikel 8 B-VG die deutsche Sprache "Staatsprache der Republik" ist.

Der Beschluss, mit dem im Ergebnis Beweismittel (mangels Vorliegens beglaubigter Übersetzungen in die deutsche Sprache) aus dem Verfahren von vornherein ausgeschieden und der BWB zurückgeschickt werden, ist insofern sehr bemerkenswert, als das Kartellgericht ein für die Vollziehung sowohl österreichischen als auch europäischen Wettbewerbsrechts zuständiges Entscheidungsorgan ist und sich in dieser Funktion immer wieder auch mit grenzüberschreitenden, internationalen Transaktionen zu befassen hat. Kein an einem solchen Verfahren Beteiligter versteht nicht (ausreichend) Englisch.

Da die europäischen Wettbewerbsbehörden zu einer zunehmend enger werdenden Zusammenarbeit angehalten sind, erschien der Beschluss des Kartellgerichts unangemessen. Die BWB hat daher gegen diesen Beschluss Rekurs an das Kartellobergericht erhoben. Dies ausdrücklich auch auf die Gefahr hin, dass dann möglicherweise (unzutreffend) behauptet wird, es habe sich um einen bloß "verfahrensleitenden Beschluss" gehandelt, der erst mit einem "Rekurs gegen die Entscheidung über

die Sache" (die Hauptsache) anfechtbar sei; also: erst (nach vielen Monaten) gegen den Beschluss über Freigabe oder Untersagung des betreffenden Zusammenschlusses.

Mit Beschluss vom 4.7.2006 wies das Kartellobergericht schließlich den Rekurs der BWB zurück. Zur Begründung führte das Kartellobergericht im Wesentlichen aus, dass es der BWB an der Beschwer fehle (der Prüfungsantrag war nämlich später infolge der Abgabe von Verpflichtungszusagen i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 2 KartG zurückgezogen und das Verfahren vor dem Kartellgericht deshalb eingestellt worden) und der (einen Beweisantrag ablehnende) Beschluss als „verfahrenleitender Beschluss“ zu werten sei, welcher einer selbstständigen Anfechtung nicht zugänglich ist. Auf die Frage, ob aus Artikel 8 B-VG ein generelles Übersetzungserfordernis auch von (englischsprachigen) Beilagen abzuleiten ist, ging das Kartellobergericht nicht näher ein. Das Kartellobergericht nahm aber zu der Bemerkung der BWB, dass die am Verfahren beteiligten Parteien (d.h. die Zusammenschlussbeteiligten und die BWB) über ausreichende Englischkenntnisse verfügen und schon deshalb Übersetzungen in das Deutsche nicht notwendig seien, insofern Stellung, als es bemerkte, dass es für die Frage des Übersetzungserfordernisses nicht nur auf die Sprachkenntnisse der Verfahrensparteien, sondern auch auf die des Gerichts ankomme. (Das sieht auch die BWB so, geht aber - wohl zutreffend - davon aus, dass auch alle Kartellrichter der englischen Sprache ausreichend mächtig sind.)

#### **d. Absehen von der Strafe bei falschen Angaben**

Die BWB hatte einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße gegen ein Unternehmen gestellt, das in einer Zusammenschlussanmeldung unvollständige und unrichtige Angaben gemacht hatte (§ 142 Z 2 lit. a KartG 1988). In der Anmeldung war wahrheitswidrig behauptet worden, dass es "keine Überschneidungen" zwischen Käuferin und Zielunternehmen gebe. Dementsprechend fehlte auch eine Darstellung jenes Geschäftsbereiches, in dem sich die Tätigkeiten überschneiden. Auf Nachfrage der BWB erfolgte noch während der ersten Prüfungsphase eine Richtigstellung; inhaltlich erwies sich das Vorhaben letztlich als unbedenklich.

Die BWB hatte im erstinstanzlichen Verfahren die Auffassung vertreten, dass die Anmeldung in einem wesentlichen Punkt unrichtig/unvollständig war und die Erfül-

lung des Bußgeldtatbestandes ("unrichtige oder unvollständige Angaben") nicht davon abhängen könne, ob die Amtsparteien zufällig (rechtzeitig) die Unrichtigkeit/Unvollständigkeit erkennen oder ob sich das betreffende Zusammenschlussvorhaben als wettbewerbsrechtlich problematisch erweist.

Das Kartellgericht stellte zwar fest, dass die Anmeldung in relevanter Weise unrichtig/unvollständig gewesen war, wies den Antrag der BWB aber unter Verweis auf Wertungen des (damals noch nicht in Kraft getretenen) neuen KartG 2005 mit der Begründung ab, die BWB sei noch in der Vorprüfungsphase in richtige und vollständige Kenntnis des Sachverhaltes versetzt worden, womit der Tatbestand des § 142 Z 2 lit. a KartG 1988 nicht erfüllt sei.

Dagegen richtete sich der Rekurs der BWB, in dem diese unter Verweis auf die kurzen Fristen des Zusammenschlusskontrollverfahrens auf das Erfordernis ursprünglich richtiger und vollständiger Anmeldungen hinwies.

Das KOG bejahte am 27.2.2006 (16 Ok 52/05) die Erfüllung des Tatbestands des § 142 Z 2 lit. a KartG 1988, da die Anmeldung schuldhaft (nämlich sorgfaltswidrig) in erheblichen Punkten (§ 68a KartG 1988) unrichtige oder unvollständige Angaben enthalten hatte. Es verwarf (ohne inhaltlich darauf einzugehen) die Argumentation des Kartellgerichts, da sich diese auf ein zum relevanten Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenes Gesetz gestützt hatte.

Das KOG führte jedoch in der Folge aus, dass die kartellgesetzlichen Geldbußen nicht bloß Beugemittel seien, sondern strafrechtsähnlichen Charakter besäßen. Insofern liege ein Wertungswiderspruch vor, wenn es im Kartellrecht, anders als in Straf- und Verwaltungsstrafrecht, keine Möglichkeit gebe, von der Verhängung einer Strafe abzusehen. In Analogie zu § 42 StGB ("Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat") und § 21 VStG ("Absehen von der Strafe") sei auch im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren im Fall geringer Schuld und unbedeutender Folgen von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn eine Bestrafung weder aus spezial- noch generalpräventiven Gründen erforderlich ist. Das KOG sah diese Voraussetzungen im Anlassfall als erfüllt an und gab dem Rekurs der BWB nicht Folge.

Die Entscheidung des KOG bezieht sich noch auf die alte Rechtslage des KartG 1988, dessen § 142 für Geldbußen Mindestbeträge vorsah. Vor diesem Hintergrund ist die analoge Anwendung der (verwaltungs-)strafrechtlichen Bestimmungen, die unter bestimmten (engen) Voraussetzungen ein Absehen von der Strafe ermöglichen, durchaus legitim.

Ob dieselben Wertungen auch auf die neue Rechtslage übertragbar sind, kann allerdings bezweifelt werden, da das KartG 2005 für die Bußgeldbemessung (§ 29) keine Mindestbeträge mehr kennt und zusammen mit den aus dem KartG 1988 übernommenen Bemessungsregeln (§ 30) den Rahmen auch für bloß "symbolische" Bußgelder in berücksichtigungswürdigen Einzelfällen schafft.

Eine andere Frage ist, ob die analoge Anwendung von § 42 StGB bzw. § 21 VStG im konkreten Fall zutreffend war. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Folgen nur aufgrund des frühzeitigen Einschreitens der Behörde unbedeutend geblieben sind, nicht aber aufgrund der Art des Verstoßes selbst oder aufgrund eines eigeninitiativen Verhaltens der Anmelder. Auch aus spezial- und generalpräventiven Gründen wäre zu erwägen, ob nicht zur Erzwingung der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt bei der Erstellung von Zusammenschlussanmeldungen (auch in vermeintlich unbedeutenden Fällen) die Verhängung einer Geldbuße geboten gewesen wäre.

Die BWB sieht diese Entscheidung jedenfalls als Signal in die falsche Richtung: Schon bisher sahen sich die Amtsparteien wiederholt mit äußerst mangelhaften Anmeldungen konfrontiert, mit denen die Beurteilung von Zusammenschlussverhalten erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Die Entscheidung des KOG verschiebt die Grenzen zulasten der Wettbewerbsbehörden und damit des Prinzips "Wettbewerb". Anmeldende Unternehmen haben jetzt nicht einmal mehr bei Mangelhaftigkeiten in Kernbereichen der Zusammenschlussanmeldung (ernsthafte) Sanktionen zu fürchten, sofern die Amtsparteien die tatsächlichen, unrichtig bzw. unvollständig dargestellten Gegebenheiten innerhalb von vier Wochen aus eigenem durchschaut und - mit Erfolg - auf "Richtigstellung" durch die Anmelder gedrängt haben.

## **XII. Laufende Ermittlungen (Auswahl)**

### **a. ORF / ÖSV-Skirechte**

Die BWB prüfte aufgrund einer Beschwerde im Juni 2005 die Vermarktung der Medienrechte für österreichische Ski Weltcupveranstaltungen durch den ÖSV und den diesbezüglich abgeschlossenen Vertrag zwischen ÖSV und ORF, durch welchen der ORF für die Dauer von 10 Jahren exklusive Rundfunkrechte an allen österreichischen Ski Weltcupveranstaltungen erworben hat.

Als relevanter Markt wurde der Markt für den Handel mit Medienrechten an ganzjährig ausgetragenen Ski-Weltcup-Veranstaltungen identifiziert. Die österreichischen Veranstaltungen bilden einen wesentlichen Teil dieses Marktes. In geografischer Hinsicht war der relevante Markt auf österreichisches Staatsgebiet zu beschränken, da im Zentrum der Aufmerksamkeit die Vermarktung von TV-Ausstrahlungsrechten im Sendegebiet Österreich steht.

Im Jänner 2006 teilte die BWB dem ÖSV und dem ORF ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Detail mit. Einige Vertragsklausel - insbesondere die im internationalen Vergleich unüblich lange Vertragsdauer und der Umfang der exklusiven Rechte - stellen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar. Andere Rundfunkveranstalter sind von diesem wesentlichen Teil des Marktes ausgeschlossen.

Seit März 2006 verhandelt die BWB mit den Beteiligten über Verpflichtungszusagen. Diese sollen schließlich in dem diesbezüglich vorgesehenen Verfahren (§§ 26, 27 KartG 2005) für bindend erklärt werden. Zu diesem Zweck wurde Anfang Juli 2006 ein Antrag der BWB beim Kartellgericht eingebracht.

### **b. Factory Outlet Center Parndorf / Leoville ("Radiusklausel")**

Am 11. August 2006 brachte die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) einen Antrag auf Abstellung gemäß § 26 KartG und auf Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 KartG gegen den Betreiber des Factory Outlet Centers Parndorf (im Folgenden "FOC") beim Kartellgericht ein.

Gegenstand des Verfahrens ist die Oktruierung einer Klausel - der sogenannten Radiusklausel - des Betreibers in seinen Bestandsverträgen mit den Bestandnehmern, welche nach Ansicht der BWB zur Wettbewerbsbeschränkung unter den Betreibern von FOC in Österreich führt. Diese Klausel verbietet den Bestandnehmern, sich innerhalb eines bestimmten Radius unter der gleichen Etablissementbezeichnung anzusiedeln und Handel zu betreiben. Dadurch missbraucht der Antragsgegner - nach Ansicht der BWB - als Marktführer in Österreich seine marktbeherrschende Stellung.

#### **c. AUA / OMV**

AUA hat Anfang August 2006 Beschwerde gegen die OMV in Sachen Belieferung mit Kerosin auch bei der BWB eingebracht. Die BWB wird den von AUA erhobenen Beschwerdepunkten jetzt in einem eigenen nationalen Verfahren nachgehen.

Die von AUA bereits zuvor (Juli 2006) bei der Europäischen Kommission eingebrachte Beschwerde wird - vermutlich - zunächst sozusagen ruhend gestellt werden; die BWB wird in ihrem nunmehrigen Verfahren jedoch mit der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) engen Kontakt halten.

Der Bundeskartellanwalt wurde von der BWB über diese Entwicklung der Sache informiert.

#### **d. Kredit- und Debitkarten**

Die BWB untersucht - unabhängig zu gerichtsanhängigen Verfahren - die Märkte für Zahlungskarten bzw. die vor- und nachgelagerten Märkte (Processing etc.) auf Grund einiger Beschwerden.

#### **e. Kraftstoffmarkt**

Seit Mai 2004 beobachtet die BWB laufend den österreichischen Kraftstoffmarkt. Dabei wird der Fokus, entsprechend dem gesetzlichen Auftrag, "*funktionierenden Wettbewerb ... sicherzustellen*" (§ 1 WettbG), allein auf kartellrechtlich relevante Sachverhalte gerichtet (die BWB ist keine Preisbehörde). Im Zentrum steht die Frage, ob sich am Kraftstoffmarkt auf Endkundenebene Hinweise auf ein dem Kartellgesetz widersprechendes Verhalten erschließen lassen.

Damit unterscheidet sich die von der BWB zu verfolgende Fragestellung durchaus von jener, die bisweilen in der Öffentlichkeit im Vordergrund steht: Es geht nicht um die Höhe der Preise als solche; weder im Hinblick auf einzelne Kostenfaktoren noch in Relation zum Preisniveau anderer Länder. Und es geht insbesondere auch nicht darum, ob diese Preise "gerechtfertigt" seien. Des Weiteren können auch bestimmte externe Rahmenbedingungen, wie gewerbe- und umweltschutzrechtliche Aspekte, nicht Gegenstand einer wettbewerblichen Bewertung im Sinne des Kartellgesetzes sein, obwohl auch sie für die Preisgestaltung von Bedeutung sind.

In ihren bisherigen Analysen gelangte die BWB zu dem Ergebnis, dass *"beim gegebenen Stand der Informationen ... die Untersuchungen keine Hinweise auf ein ... gleichgerichtetes Verhalten ergeben haben, das sich nicht auch durch marktwirtschaftliche Faktoren erklären ließ ..."*.

In ihren Analysen ging die BWB insbesondere der Frage nach, ob der Zusammenhang zwischen internationalen Preisentwicklungen (insbesondere die Produktpreise am Rotterdamer Markt und in anderen EU-Ländern) einerseits und den österreichischen Tankstellenpreisen andererseits systematisch Kennzeichen aufweist, die auf ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten hinweisen. Wiewohl deutliche Abweichungen der österreichischen Preisentwicklung von der internationalen, wie sie auch derzeit zu beobachten sind, immer wieder - auch über längere Zeit - vorkommen, haben sich diese doch letztlich jedes Mal wieder zurückgebildet. Die der BWB zur Verfügung stehenden Informationen lassen im längerfristigen Vergleich bis dato keine systematischen Abweichungen erkennen, die greifbar auf ein kartellrechtswidriges Verhalten hinweisen.

Es sei darauf hingewiesen, dass auch andere Untersuchungen des österreichischen Kraftstoffmarktes<sup>10</sup> ebenfalls zu dem Ergebnis gelangten, dass sich empirische Hinweise auf eine geringe Wettbewerbsintensität, aber keine gerichtsverwertbaren Indizien für ein kartellrechtswidriges Verhalten nachweisen lassen.

---

<sup>10</sup> Z.B. Oesterreichische Nationalbank: Erdölpreisschock, Energiepreise und Inflation - Österreich im EU-Vergleich; in: Geldpolitik und Wirtschaft 1/2006.

### **XIII. Hausdurchsuchungen**

Am 16. und 17.5.2006 unterstützte - wie selbstverständlich bereits bei den Vorbereitungen - die BWB unter Mithilfe von Beamten der Bundespolizeidirektion Wien die Europäische Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) bei einer Nachprüfung (Hausdurchsuchung) in Österreich gemäß Artikel 20 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1/03. Die Untersuchung richtete sich gegen vier international tätige Unternehmen der Energiebranche (Gas). Zeitgleich wurden von der Europäischen Kommission weitere Hausdurchsuchungen in mehreren Unternehmen anderer Mitgliedstaaten der EU durchgeführt. Insgesamt waren an den Nachprüfungen in Österreich 21 Personen beteiligt; davon 8 von der BWB. Die Ermittlungshandlungen richten sich auf vermutete Verstöße der Unternehmen gegen Artikel 81 und 82 EG. Die sichergestellten Unterlagen befinden sich bei der Generaldirektion Wettbewerb und werden von den zuständigen Beamten ausgewertet.

## **XIV. Bisherige Erfahrungen mit den Gesetzesänderungen zum 1.1.2006**

### **1. KartG 2005 und WettbGNov 2005 – Erste Erfahrungen**

Am 1.1.2006 trat das KartG 2005 sowie eine Novelle des Wettbewerbsgesetzes (Wettbewerbsrechtsnovelle 2005) in Kraft. Die wichtigsten Neuerungen sind folgende:

Im Bereich der Kartelle erfolgt nach Entfall der bisherigen "Kartellformenlehre" (Vereinbarungs-/Verhaltenskartell, Absichts-/Wirkungskartell) eine weitgehende Anlehnung an Artikel 81 EG durch Übernahme eines Legalausnahmesystems, d.h. es gibt künftig keine Genehmigungs- oder Anzeigeverfahren mehr; vielmehr sind die Unternehmer, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichtet, die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Verhaltens selbst zu beurteilen. In (weitgehender) Übereinstimmung mit dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht (insbesondere VO [EG] Nr. 1/03) sieht das KartG 2005 nur mehr die Abstellung von Verstößen, die Annahme von Verpflichtungszusagen durch das Kartellgericht sowie Feststellungen über die Anwendbarkeit des Gesetzes vor; Verstöße werden mit Geldbußen geahndet bzw. Entscheidungen auch mit Zwangsgeldern durchgesetzt. (Die BWB hat den Eindruck gewonnen, dass die "Sensibilität" der Wirtschaft gestiegen ist und vermehrt "Rechtsicherheit" bei der BWB gesucht wird.)

Erstmals wird mit der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 im österreichischen Wettbewerbsrecht eine Kronzeugenregelung ("Leniency Program") verankert. Gemäß § 11 Abs. 3 WettbG kann die BWB unter den dort genannten Voraussetzungen als Gegenleistung für die Mitwirkung eines Unternehmens an der Aufdeckung eines Kartells davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße zu beantragen. Die BWB ist ihrem gesetzlichen Auftrag, ein Handbuch über ihre (in Aussicht genommene) Praxis auf ihrer Website zu veröffentlichen, bereits frühzeitig nachgekommen. ("Kronzeugenfälle" beginnen erst zaghaft, Realität zu werden.)

Im Bereich des Zusammenschlusskontrollverfahrens kam es neben einigen materiell-rechtlichen Änderungen (wie z.B. der Modifikation der Aufgriffsschwellen, Behandlung kooperativer Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen) insbesondere zu einer Neugestaltung des Ablaufs der ersten vierwöchigen Verfahrensphase.

Die Anmeldung ist seit 1.1.2006 bei der BWB einzubringen (§§ 9, 10 KartG 2005). Die BWB empfiehlt dazu weiterhin die Verwendung des Formblattes für die Anmeldung von Zusammenschlüssen. Für Anmeldungen ist eine Pauschalgebühr in Höhe von € 1.500,- zu entrichten. Die Pauschalgebühr ist ausschließlich durch Bareinzahlung auf das PSK-Konto der BWB zu entrichten und die ordnungsgemäße Vergebührung in der Anmeldung durch Beilage des Originals des Einzahlungsbelegs nachzuweisen.

Die im ersten Halbjahr des Jahres 2006 gemachten Erfahrungen zeigen, dass die durch die Einbringung der Zusammenschlussanmeldungen bei der BWB hervorgerufene deutliche administrative Mehrbelastung (Entgegennahme der Anmeldungen, Überprüfung der ordentlichen Vergebührung, Weiterleitung an den Bundeskartellanwalt, div. Veröffentlichungspflichten etc.) – konkret handelte es sich im ersten Halbjahr 2006 um 130 Fälle (näheres siehe Beilage ./B) – zu Lasten der übrigen Aufgaben der BWB geht. Eine inhaltliche Mehrbelastung hat das KartG 2005 bezüglich Zusammenschlüssen nicht gebracht: auch schon vorher prüfte die BWB jeden einzelnen Fall gewissenhaft auf seine wettbewerblichen Auswirkungen. ./B

Wie die Statistik (Beilage ./B ) zeigt, kann die überwiegende Mehrzahl der Fälle in der ersten Phase geklärt werden; nur in Ausnahmefällen ist es notwendig, auch auf ein kartellgerichtliches Verfahren zu dringen. Nur in einem einzigen Fall hatte das Gericht eine inhaltliche Entscheidung zu treffen (ein Verfahren läuft noch). Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Anmeldung und damit auch den administrativen Schwerpunkt der Zusammenschlusskontrolle zur BWB zu verlegen, trägt somit den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung und ist folgerichtig. ./B

Eine weitere neue Zuständigkeit ist der BWB mit dem neuen § 2 Abs. 1 Z 6 WettbG zugewachsen, der die BWB zur Antragstellung nach § 7 Abs. 2 Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (Nahversor-

gungsgesetz - NahVersG) ermächtigt, d.h. die Behörde ist dazu berufen, die Bestimmungen über kaufmännisches Wohlverhalten (§ 1 NahVersG), das Verbot der Diskriminierung gewerblicher Letztverkäufer durch Lieferanten (§ 2 NahVersG) und die Lieferpflicht (§ 4 NahVersG) nötigenfalls auch mittels Verfahren vor dem Kartellgericht durchzusetzen.

Diese Befugnis (seit 1.1.2006) ist insofern eine sinnvolle Ergänzung der Möglichkeiten der BWB, als ein Vorgehen nach NahVersG keine marktbeherrschende Stellung des inkriminierten Unternehmens voraussetzt und deshalb die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auch unterhalb der oft schwer nachzuweisenden Schwelle der Marktbeherrschung ermöglicht. (Früher wurde die nachfragende BWB gelegentlich mit dem Hinweis "abgespeist", es liege offensichtlich keine Marktbeherrschung vor, weshalb es für die BWB nicht rechtserheblich sei, ob ein wettbewerbswidriges Verhalten existiere.)

## **2. Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006**

Wie in den Erläuternden Bemerkungen zur obigen Regierungsvorlage zutreffend festgehalten, berühren Sachverhalte im Bereich des Marktmachtmissbrauchs häufig auch Fragen des unlauteren Wettbewerbs. Daher wurde der BWB mittels Änderung des UWG und des WettbG per 28.6.2006 die aktive Klagslegitimation gemäß § 14 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984 in der jeweils geltenden Fassung eingeräumt. (Die BWB wird zwar - schon aus Personalgründen - nur ausnahmsweise Zivilprozesse auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung führen; in "hartnäckigen" und geeigneten Fällen wird sie aber dennoch auch von diesem Instrument Gebrauch machen.)

## **3. Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz - VBKG**

Auch dieses Gesetz, welches mit 29.12.2006 in Kraft treten wird, gibt der BWB zahlreiche neue Zuständigkeiten und Verpflichtungen.

## **XV. Internationales**

### **1. Besuch einer Delegation des EP**

Am 24.11.2005 besuchte eine neunköpfige Delegation des Wirtschafts- und Währungsausschusses des Europäischen Parlaments (darunter das österreichische Mitglied Othmar Karas) die BWB. Allgemeine legistische und fallbezogene Fragen wurden in einem Gedankenaustausch angesprochen. Die Delegationsmitglieder zeigten sich über die österreichischen Kartellinstitutionen gut informiert.

### **2. European Competition Network (ECN)**

Die BWB ist bei den zahlreichen Sitzungen des European Competition Network (ECN) vertreten. Das ECN ist eine teils formelle, teils informelle Plattform der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb) und der 25 nationalen Wettbewerbsbehörden, in der fallbezogene und legistische Fragen besprochen werden und teilweise auch Beschlüsse über die Behördenpraxis getroffen werden. Konkret handelt es sich dabei um 3 Arbeitsgruppen (Working Groups) und um 15 ECN-Subgroups im Rahmen des Netzwerkes der Europäischen Wettbewerbsbehörden. Außerdem gibt es eine Arbeitsgruppe des "*Chief Competition Economist*" sowie eine Arbeitsgruppe zur Diskussion der Anwendung des Artikels 82 EG.

Working Group "Transitional Issues" / "Cooperation Issues":

- allgemeine Auslegungsfragen zur VO (EG) Nr. 1/03 (z.B.: Artikel 11 Abs. 4 bzw. Artikel 12)
- horizontale Fragen der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander bzw. zwischen den Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission (z.B. Branchenuntersuchungen) und
- praktische Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der VO (EG) Nr. 1/03 (z.B. Intranet des ECN).

Die Working Groups "Leniency" (Kronzeugenprogramme) und "Ne bis in idem" beraten über aktuelle Themenbereiche in diesen Bereichen.

Die ECN-Subgroups beraten Fragen des Wettbewerbsrechts in den verschiedenen Branchen bzw. Industrien (z.B. Telekom, Banken oder Energie). Dabei werden idR sehr spezielle und industriebezogene Fragestellungen bzw. Anwendungsfälle, aber auch Ergebnisse von Branchenuntersuchungen behandelt.

Die Teilnahme an diesen Arbeitssitzungen der Europäischen Kommission ermöglicht es nicht nur, einen Überblick über die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zu erhalten bzw. Fälle anderer Mitgliedstaaten kennenzulernen, sondern fördert auch persönliche Kontakte zu Mitarbeitern der anderen Wettbewerbsbehörden.

Auf Anregung des Chefökonom der GD Wettbewerb, Univ.Prof. Dr. Lars-Hendrik Röller, wurde 2005 die "Chief Competition Economist Working Group" ins Leben gerufen. Sie dient primär dem Zweck, in Europa einen hohen Stand der wettbewerbsökonomischen Methodik zu gewährleisten. Gerade für kleine Wettbewerbsbehörden wie die BWB bietet dies die Möglichkeit, sich an Hand der internationalen Fallpraxis am "state of the art" der wettbewerbsökonomischen Analyse zu orientieren.

Die Reform der Anwendung des Artikels 82 EG (Marktmachtmissbrauch) zählt zu den letzten Bausteinen in der so genannten Modernisierung der europäischen Wettbewerbspolitik. Zu diesem Zweck wurde eine ECN-Arbeitsgruppe ins Leben gerufen, die nach Diskussion der jeweiligen nationalen Fallpraxis einen ersten Entwurf der Vorstellungen der Europäischen Kommission ausführlich diskutierte. Die Standpunkte der nationalen Behörden flossen zum Teil in das im Dezember 2005 veröffentlichte Diskussionspapier der GD Wettbewerb ein. Zum noch fehlenden Ausbeutungsmissbrauch wird die Diskussion voraussichtlich noch im Herbst 2006 stattfinden.

### **3. OECD Wettbewerbskomitee**

Das Wettbewerbskomitee der OECD (Organisation für wirtschaftliche Entwicklung und Zusammenarbeit; Österreich ist seit 1961 Mitglied in dieser Organisation) sowie die dazu gehörenden zwei Arbeitsgruppen (Working Group on Competition and Re-

gulation; Working Group on Cooperation and Enforcement) treffen sich drei Mal pro Jahr für mehrere Tage, um relevante Wettbewerbsfragen und deren Handhabung in den verschiedenen Mitglieds- und Beobachterstaaten zu diskutieren. So wurden im Berichtszeitraum u.a. Wettbewerb und Effizienz im Gesundheitswesen, Zugang zu "essential facilities", wettbewerbliche Aspekte einer effizienten Nutzung von Kredit- und Debitkarten sowie Auflagen und Sanktionen in Marktmachtmissbrauchsfällen diskutiert. Ebenso wird jährlich ein Tätigkeitsbericht der einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden in englischer Arbeitssprache erstellt. Die BWB hat sich auch dieses Jahr aktiv durch Stellungnahmen und Wortmeldungen in das Komitee und die Arbeitsgruppen eingebracht, ihren Jahresbericht 2005 im Wettbewerbskomitee präsentiert und diesen auf ihrer Homepage veröffentlicht.

#### **4. European Competition Authorities (ECA)**

Die nationalen Wettbewerbsbehörden des EWR ( EU + Norwegen, Island und Liechtenstein) sowie Europäische Kommission und EFTA-Überwachungsbehörde haben eine informelle Plattform gegründet, die zu bestimmten Themenbereichen Arbeitsgruppen bildet und jährlich eine Konferenz der Generaldirektoren durchführt (zuletzt 17.-19.5.2006 in Nizza).

Die Air Traffic Working Group - als Beispiel - wurde im April 2002 im Rahmen von ECA als Diskussionsforum im Luftverkehrsbereich gegründet und trifft sich seither regelmäßig. Erstes öffentlich zugängliches Ergebnis ist ein Dokument, das die bisherigen Praktiken der einzelnen Behörden im Bereich von Fusionen und Allianzen zusammenfasst. Es wurde bereits auf der Homepage der BWB veröffentlicht.

Im Berichtszeitraum fanden vier Treffen statt, in denen u.a. ein Dokument zur Beurteilung von Code Share Agreements erarbeitet und über die Marktabgrenzung von Flughäfen diskutiert wurde.

Der konkrete Erfahrungsaustausch sowie die gemeinsame Erörterung von - für den Luftverkehr - allgemein relevanten Themen sind für die tägliche Arbeit der BWB äußerst wertvoll, zumal sie die Arbeit in diesem auch für Österreich praktisch relevan-

ten Bereich erst wirklich ermöglichen. Die BWB wird sich daher in diese Arbeitsgruppe weiterhin aktiv einbringen.

## **5. CECI (Central European Competition Initiative)**

Vom 21. - 22.3.2006 veranstaltete die Central European Competition Initiative (CECI) einen Workshop zum Thema Zusammenschlussauflagen ("Merger Remedies"). Neben den CECI-Mitgliedern, den Wettbewerbsbehörden Tschechiens, der Slowakei, Polens, Sloweniens, und des Gastlandes Ungarn, nahmen auch Vertreter der BWB an der Veranstaltung teil. Inhalt der Diskussion waren u.a. die Wahl der zielführendsten Auflage im Fusionsverfahren (siehe hierzu den im Oktober 2005 veröffentlichten Bericht der Europäischen Kommission über Fusionsauflagen), deren konkrete Ausgestaltung und das Monitoring anhand konkreter Beispiele. Unter den Vortragenden befanden sich ein Vertreter der Europäischen Kommission, der über die Kommissionsstudie über Auflagen referierte, Vertreter der OECD und andere Experten. Die Vertreter der nationalen Wettbewerbsbehörden stellten jeweils ihre nationale Rechtslage und bisherige Praxis vor. Die Delegierten der BWB erstellten eine Statistik der bislang implementierten Auflagen (Verhaltens- und Strukturauflagen), analysierten die Überprüfbarkeit und Einhaltung der Auflagen und fassten die Erfahrungswerte der bisherigen österreichischen Praxis zusammen.

## **6. Praktikum bei der Europäischen Kommission / Generaldirektion Wettbewerb**

Zwei Mitarbeiterinnen der BWB waren im Rahmen des BMWA-internen Ausbildungsprogramms (Job-Rotation) für jeweils drei Monate bei der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel tätig. Im Rahmen ihrer dortigen Tätigkeit war es ihnen möglich, Einblicke in Struktur, Arbeitsweise und Ermittlungsmethoden der Europäischen Kommission und auch zusätzliches Industrierwissen zu erlangen und Kontakte zu knüpfen, die im Rahmen des durch die VO (EG) Nr. 1/03 geschaffenen Netzwerkes der Wettbewerbsbehörden von zunehmender Bedeutung sind.

## **7. ACE (Association of Competition Economics)**

Die alljährliche stattfindende Konferenz hatte sich dieses Jahr mit Marktmachtmissbrauch, kollektiver Dominanz, Merger-Simulationsmodellen und Ex-post Evaluation beschäftigt.

So wurde der europäische Marktmachtmissbrauchsfall (gemäß Artikel 82 EG) gegen Coca Cola kontroversiell diskutiert. Hierbei ging es um das Verhalten Coca Colas gegenüber seinen Abnehmern. Die Europäische Kommission befürchtete marktmachtmissbräuchliches Verhalten wegen Ausschließlichkeitsanforderungen, Zuwachs- und Zielrabatten und den Einsatz der Hebelwirkung von Marktmacht zwischen verschiedenen Produktkategorien. Coca Cola bot der Europäischen Kommission Zusagen an, um die Wettbewerbsbeschränkungen auf allen Vertriebskanälen auszuräumen. Die Auflagen gelten bis 31.12.2010. Simon Bishop von RBB Economics kritisierte die Europäische Kommission, weil bei der Beurteilung des Falles nicht beachtet wurde, dass Rabatte einen durchaus wettbewerbsfördernden Aspekt haben und auch von nicht-dominanten Unternehmen angeboten werden können und weil die Marktgegenmacht ("Countervailing Power") der Supermärkte in Deutschland - ausgehend durch ihre Eigenmarken im sachlich relevanten Markt der Carbonated Soft Drinks - nicht ausreichend analysiert wurden.

## XVI. Legistik

### Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbs

Die Europäische Kommission beabsichtigt, Privatpersonen zu ermutigen, bei nationalen Gerichten mehr Schadenersatzklagen gegen Unternehmen, die gegen EG-Wettbewerbsrecht verstoßen, einzubringen. Zu diesem Zwecke hat die Europäische Kommission ein Grünbuch mit dem Titel "Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbs" am 19.12.2005 veröffentlicht. In diesem zeigt sie rechtliche Hinderungsgründe für solche Klagen auf und bietet Lösungsvorschläge an, wobei sie offensichtlich eine Anlehnung an das US-amerikanische Schadenersatzrecht (für den Bereich des EG-Wettbewerbsrechts) anstrebt.

Erklärtes Ziel der Europäischen Kommission ist es, die Unternehmen durch eine potentielle "Klagsflut" von etwaigen Verstößen gegen EG-Wettbewerbsrecht abzuschrecken, indem sie Anreize zur erfolgreichen Klageeinbringung für Privatpersonen schafft. Hierzu denkt die Europäische Kommission u.a. an, das Kostenrisiko für potentielle Kläger - unabhängig vom Verfahrensausgang - zu vermindern oder ganz zu beseitigen, das Verschulden des Kartellanten als Voraussetzung für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches an den Geschädigten "abzuschaffen" (d.h. das Vorliegen eines Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht soll unabhängig von dem Vorliegen eines Verschuldens für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches ausreichen), bei horizontalen Hardcore-Kartellen die doppelte oder sogar dreifache Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zuzusprechen, den Zugang zu Beweismitteln, u.a. auch zu vertraulichen Daten im Besitz Dritter, massiv zu erleichtern etc.

Die BWB hat der Europäischen Kommission - wie von dieser gewünscht - eine Stellungnahme zu diesen Vorschlägen übermittelt und vertritt hierbei u.a. folgende Standpunkte:

- Der Europäischen Kommission mangelt es an der Zuständigkeit für die Schaffung eines europaweiten Sonderprivatrechts für Schadenersatzprozesse.

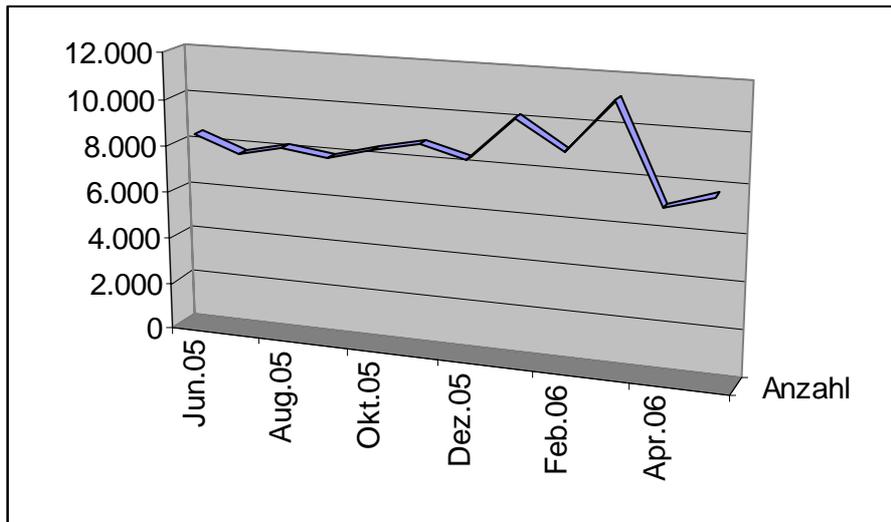
- Das erklärte Ziel der Abschreckung (Generalprävention) ist ein zentraler Bestandteil des Strafrechts, jedoch dem Zivilrecht (Schadenersatzprozesse) eher unbekannt und mit diesem genauso wenig vereinbar wie die Zuerkennung eines doppelten oder dreifachen Schadenersatzes (Strafcharakter).
- Die meisten der vorgeschlagenen Mittel, wie z.B. eine Reduktion der Verfahrenskosten oder eine verschuldensunabhängige Haftung, stehen mit der österreichischen Rechtsordnung nicht im Einklang und laden zum Missbrauch ein.
- Die Forderung nach uneingeschränktem Zugang zu den Akteninhalten der Wettbewerbsbehörden bzw. Vorlagepflicht dieser Dokumente bei nationalen Gerichten ist nicht umsetzbar, ohne jedwede Ermittlungshandlung der Wettbewerbsbehörden hinkünftig ins Leere laufen zu lassen, hängt doch die Bereitschaft der Unternehmen zur Kooperation von der Vertraulichkeit der offenbaren Geschäftsgeheimnisse ab.
- Ebenso verhält es sich mit den Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm: Aus dem Verständnis heraus, dass die behördliche Kartellverfolgung Vorrang vor der privaten Rechtsdurchsetzung haben soll, sind Informationen, die die Behörde nur im Zuge eines Kronzeugenprogramms erhalten hat, von einer Offenlegung auszuschließen.

## XVII. Transparenz / Publizität

Das WettbG legt der BWB eine Reihe von Veröffentlichungspflichten auf: Nicht nur sind Zusammenschlussanmeldungen auf der Website der BWB zu publizieren (§ 10 Abs. 3 Z 2 KartG), sondern auch die Stellung von Prüfungsanträgen (§ 11 Abs. 3 KartG) und der Spruch von Entscheidungen, mit denen ein Zusammenschluss mit Beschränkungen oder Auflagen im Sinn des § 12 Abs. 3 KartG nicht untersagt wird. § 10b Abs. 2 WettbG verpflichtet die BWB, unter Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, auf ihrer Website bekannt zu machen, dass sie oder der Bundeskartellanwalt einen Antrag gemäß §§ 26, 27 und 28 KartG 2005 an das Kartellgericht gestellt hat. Desweiteren informiert die BWB auf ihrer Website über die Entscheidungen, die das Kartell(ober)gericht erlassen hat.

Tabelle 8: Zugriffsstatistik auf die Website der BWB

<b>Monat</b>	<b>Anzahl</b>	<b>Ø Tag</b>
Juni 05	8.459	281
Juli 05	7.755	250
August 05	8.181	263
September 05	7.902	263
Oktober 05	8.452	272
November 05	8.822	294
Dezember 05	8.348	269
Jänner 06	10.203	329
Februar 06	8.961	320
März 06	11.203	361
April 06	7.048	234
Mai 06	7.700	248



Die Homepage der BWB ist eines der wichtigsten und wirksamsten Instrumente im Dienste des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik geworden: Die BWB äußert dort nämlich immer öfter ihre Meinung zu wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbspolitischen Fragen, was durchaus auch einer gewissen Entlastung bei den immer häufiger (und drängender) werdenden Medienanfragen dient.

## XVIII. Ausblick

1. Dazu ist bei unveränderten Rahmenbedingungen - längst - nicht mehr sehr viel zu sagen (vgl. bereits Tätigkeitsbericht vom 28.7.2005 für die Zeit vom 1.5.2004 bis zum 30.6.2005, Seite 70):
  - Die BWB ist - auf ziemlich hohem Niveau - sowohl national als international seit langem akzeptiert und etabliert, wenn auch naturgemäß nicht immer gerade "geliebt".
  - Die BWB hat das Interesse am und den Respekt vor dem "Prinzip Wettbewerb" - sowohl bei Betroffenen als auch in einer breiten Öffentlichkeit - deutlich sichtbar wecken können.
  - Die BWB hat auf verschiedenen Gebieten zu mehr (möglichem) Wettbewerb beitragen können. Als Beispiele seien erwähnt: Elektrizitäts- und Gasmärkte, Lebensmitteleinzelhandel, Honorarordnungen vieler Branchen sowie der Medienbereich.
  - Ohne weitere und deutliche Änderung von Rahmenbedingungen (Wettbewerbsbehördenorganisation, gesetzliches - insbesondere das Verfahren betreffendes - Instrumentarium, vor allem aber auch ausreichende Personalausstattung) sollte es zwar möglich sein, das bisher Erarbeitete auf mehr oder minder gleichem Niveau aufrechtzuerhalten, nicht aber, es wirklich weiterzuentwickeln und auszubauen.
  
2. Die Funktionsperiode des (ersten) Leiters der BWB wird mit Ablauf des 1.7.2007 enden; der vorliegende ist also sein letzter Tätigkeitsbericht.

Dies ist Anlass dafür, sich für das Vertrauen zu bedanken, das der BWB (ihrem Leiter und seinen Mitarbeitern) auf breitester Front bisher entgegengebracht worden ist, aber auch ein Anlass dafür, wieder einmal die Notwendigkeit einer vernünftigen und ausgewogenen, gleichzeitig aber auch effektiven und daher ernstzunehmenden Wettbewerbsordnung zu betonen.

2 Beilagen

Wien, am 31. August 2006

W. Barfuß  
Generaldirektor für Wettbewerb