

BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE

TÄTIGKEITSBERICHT 2006 – 2007

A-1020 Wien, Praterstraße 31
Tel: +43 1 245 08-0, Fax: +43 1 587 42 00, www.bwb.gv.at
DVR: 2108335

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | EINLEITUNG | 4 |
| II. | ALLGEMEINES | 5 |
| | Organisation und Aufgaben | 5 |
| | Behördenorganisation | 8 |
| | Budget und Personal | 9 |
| | Aktenanfall | 10 |
| III. | ENFORCEMENT | 10 |
| | Aufzugs- und Fahrtreppenindustrie | 10 |
| | Filmverleihunternehmen | 11 |
| | Verbotene Durchführung von Zusammenschlüssen | 12 |
| IV. | LAUFENDE ERMITTLUNGEN BZW VERFAHREN | 14 |
| | REWE/ADEG | 14 |
| | Jet Fuel Preise | 15 |
| V. | ABGESCHLOSSENE FÄLLE | 17 |
| | Fusionen | 17 |
| | Agip Austria GmbH; A1 Tankstellenbetrieb GmbH | 18 |
| | JPMP Capital Corp.; Hellux Leuchten GmbH | 19 |
| | Telekom Austria AG / eTel Austria AG | 20 |
| | Erste Bank / s Haftungs- und Kundenabsicherungs GmbH / Wr. Neustädter Sparkasse | 23 |
| | Atlas Copco AB; ABAC Aria Compressa S.p.A. | 24 |
| | Moser Holding AG / Oberösterreichische Rundschau | 26 |
| | Marktmachtmissbrauch: Aufbahrungshallen | 28 |
| VI. | GESETZGEBUNG | 30 |
| | Antragsrecht nach UWG | 30 |
| | Grünbuch Schadenersatzklagen | 30 |

| | | |
|--------------|--|-----------|
| VII. | COMPETITION ADVOCACY | 32 |
| VIII. | BRANCHENUNTERSUCHUNGEN | 34 |
| | Endbericht Elektrizität | 34 |
| | Endbericht Gaswirtschaft | 36 |
| | Endbericht Lebensmitteleinzelhandel | 36 |
| IX. | INTERNATIONALES | 39 |
| | ECN European Competition Network | 39 |
| | OECD Wettbewerbskomitee | 39 |
| | ACE - Association of Competition Economics | 40 |
| | Workshop | 41 |
| | ICN - International Competition Network | 41 |

I. Einleitung

Die Bundeswettbewerbsbehörde legt den Tätigkeitsbericht für den Zeitraum 1. Juli 2006 bis 30. Juni 2007 vor.

Trotz knapper Ressourcen präsentierte die Bundeswettbewerbsbehörde im Berichtszeitraum die Ergebnisse dreier Branchenuntersuchungen (Elektrizität, Gas und Lebensmitteleinzelhandel), prüfte 440 nach KartG bei der Behörde angemeldete Zusammenschlüsse und führte in vielen Fällen aufwendige Ermittlungen durch.

Der Kampf der Bundeswettbewerbsbehörde gegen verbotene Absprachen war erfolgreich - gegen Europay (Paylife) wurde mit 5 Mio € vom Kartellgericht die höchste Geldbuße verhängt, die jemals in Österreich zur Anwendung gekommen ist.¹

Auch das Kronzeugenprogramm zeigt erste merkbare Erfolge: gegen eine Reihe international tätiger Unternehmen der Fahrtreppen- bzw Aufzugsindustrie wurden über Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde Geldbußenverfahren eingeleitet; kartellgerichtliche Entscheidungen werden für das zweite Halbjahr 2007 erwartet.

Aber auch abseits kartellgerichtlicher Verfahren konnte die Bundeswettbewerbsbehörde ihre Rolle im Rahmen der „competition advocacy“ weiter stärken.

Der vorliegende Bericht soll an Hand ausgewählter Fälle die Tätigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde umfassend darstellen.

¹ Am 12.9.07 wurde die Geldbuße vom Kartellobergericht auf 7 Mio. €erhöht; detaillierte Darstellung im nächsten Bericht.

II. Allgemeines

Organisation und Aufgaben

Die Bundeswettbewerbsbehörde wurde Mitte 2002 als monokratisch organisierte Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eingerichtet². Sie wird vom – per Verfassungsbestimmung unabhängig und weisungsfrei gestellten – Generaldirektor für Wettbewerb geleitet. Unterstützt wird er von der Geschäftsstelle, deren Leitung dem Geschäftsstellenleiter obliegt, der im Abwesenheitsfall auch den Generaldirektor vertritt.

Wichtigstes Ziel der Bundeswettbewerbsbehörde ist es, funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Sinne des KartG 2005³ oder der Europäischen Wettbewerbsregeln, dh insbes dem Kartellverbot des Art 81 und dem Marktmachtmißbrauchsverbot des Art 82 EG-V sowie der EG-Fusionskontrollverordnung in Einzelfällen entgegenzutreten. Weiters obliegt die Bundeswettbewerbsbehörde die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission in Einzelfällen. Sie stellt somit die Kohärenz zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht sicher.

Zur Erreichung ihrer Ziele stehen der Bundeswettbewerbsbehörde folgende Mittel zu Verfügung:

- Untersuchung von vermuteten oder behaupteten Wettbewerbsbeschränkungen und deren Abstellung mittels Wahrnehmung der Amtsparteistellung vor dem Kartellgericht und Kartellobergericht;
- Durchführung der europäischen Wettbewerbsregeln in Österreich (dazu gleich unten);
- Untersuchung von Wirtschaftszweigen, sofern zu vermuten ist, dass der Wettbewerb in diesen Bereichen eingeschränkt oder verfälscht ist;
- Zusammenarbeit mit Regulatoren und Leistung von Amtshilfe gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden in Wettbewerbsangelegenheiten, insbesondere auch dem Bundeskartellanwalt;
- Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik („competition advocacy“), sowie zu legislativen Vorhaben im Bereich des Wettbewerbsrechts;

² Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG) erlassen und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesfinanzgesetz 2002 geändert werden, BGBl I 62/2002, zuletzt geändert durch BGBl I 106/2006.

³ BGBl. I 62/2005.

- Antragstellung nach § 7 Abs. 2 Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl 392/1977, idF BGBl I 62/2005 sowie
- Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 14 Abs 1 UWG.

Zum Zwecke der Durchführung von Ermittlungen in Erfüllung dieser Aufgaben⁴ sind im WettbG vorgesehen:

- Auskunftspflichten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen;
- Möglichkeit der BWB, sich insbes Zeugen und Sachverständiger zu bedienen
- Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen samt der Befugnis zur Anfertigung von Kopien oder sonstigen Abschriften;
- Durchführung von Hausdurchsuchungen (auf Grundlage eines Hausdurchsuchungsbefehls des Vorsitzenden des Kartellgerichts; ggfs unter Heranziehung der Sicherheitskräfte) bei begründetem Verdacht auf schwere Verstöße gegen das Kartellgesetz oder die Artikel 81 und 82 EG-V sowie zur Unterstützung der Kommission bei Nachprüfungen.

Die Durchführung der europäischen Wettbewerbsregeln in Österreich hat im Wesentlichen zwei grundsätzliche Aspekte. Einerseits unterstützen die nationalen Behörden der Mitgliedstaaten die Europäische Kommission bei ihren Ermittlungshandlungen in den von der Kommission (hier: Generaldirektion Wettbewerb) in Anwendung des Gemeinschaftsrechts durchgeführten Verfahren, andererseits sind die Mitgliedstaaten befugt, in diesen Verfahren ihre Standpunkte einzubringen.

Die wichtigsten der genannten Befugnisse sind dabei die in der Folge genannten.

Das Recht

- auf Erhalt von Abschriften von Anträgen und Anmeldungen sowie sonstiger wichtiger Schriftstücke in Verfahren nach der VO 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln⁵;
- Abgabe von Stellungnahmen in solchen Verfahren;
- Beschickung Beratender Ausschüsse, in denen sowohl Gesetzesvorhaben der Gemeinschaft als auch geplante Einzelfallentscheidungen der Kommission diskutiert werden.

Desweiteren die Pflicht

- zur Erteilung von Auskünften gegenüber der Kommission;

⁴ Für Zwecke der Geltendmachung von UWG-Unterlassungsansprüchen kommen der BWB keine der in der Folge genannten Ermittlungsbefugnisse zu (§ 2 Abs 1 Z 7 WettbG).

- zur Durchführung von Nachprüfungen auf Ersuchen der Kommission;
- zur Unterstützung der Kommission bei von ihr durchgeführten Nachprüfungen;
- die Übermittlung von in Anwendung von Art 81 oder 82 ergangenen Gerichtsentscheidungen an die Kommission.

Darüber hinausgehend findet eine laufende und enge Zusammenarbeit, verbunden mit regelmäßigem Erfahrungs- und Informationsaustausch im Rahmen des von der VO 1 zur Wahrung der Kohärenz bei der dezentralen Anwendung des Gemeinschaftsrechtes vorgesehenen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden⁶ statt. Schlussendlich enthalten bestimmte Durchführungsverordnungen spezifische Rechte der Mitgliedstaaten bzw. ihrer zuständigen Behörden: So kann ein Mitgliedstaat die Verweisung eines nach der EG-Fusionskontrollverordnung bei der Kommission angemeldeten Zusammenschlusskontrollfalles an die zuständigen Behörden des Mitgliedstaates beantragen oder umgekehrt die Behandlung eines nicht unter die genannte Verordnung fallenden Vorhabens durch die Kommission.

Der Vollständigkeit halber ergänzt sei, dass Ende 2006 der BWB mit Inkrafttreten des VBKG⁷ noch eine weitere Zuständigkeit zuwuchs: diejenige, in Zusammenarbeit mit Europäischer Kommission und anderen zuständigen Behörden innergemeinschaftliche Verstöße gegen bestimmte, in Umsetzung einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien zum Schutz der Verbraucherinteressen erlassener Gesetze abzustellen.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl C 1/2003.

⁶ European Competition Network / ECN.

⁷ Genau: 29. Dez 2006; § 14 Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz).

Behördenorganisation

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist nicht die einzige Wettbewerbsbehörde in Österreich. Ihr obliegt zwar, wie oben ausgeführt, die Erfüllung einer Reihe von Aufgaben im Hinblick auf die Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs, eine jedoch nicht, nämlich die der (formalen) inhaltlichen Entscheidung z.B. über die (Un-)Zulässigkeit von (potentiell) unter Kartell- oder Marktmachtmissbrauchsverbot fallender Verhaltensweisen, die Verhängung von Geldbußen oder die Erlaubtheit von Zusammenschlüssen. Diese Befugnisse kommen dem OLG Wien als Kartellgericht bzw dem OGH als Kartellobergericht zu.

Nicht außer Acht gelassen werden darf dabei aber, dass in Zusammenschlusskontrollverfahren der Entscheidung der Bundeswettbewerbsbehörde (und der zweiten Amtspartei Bundeskartellanwalt), keinen Prüfungsantrag zu stellen oder auf die Einleitung eines gerichtlichen Prüfungsverfahrens vor Ablauf der gesetzlichen Vierwochenfrist zu verzichten, de facto die Qualität einer Freigabeentscheidung zukommt. Die Entscheidung einer oder der Amtsparteie(n), im Hinblick auf die Unterlassung oder Zurückziehung eines Prüfungsantrags Beschränkungen oder Auflagen seitens der Anmelder zu akzeptieren, hat die gleiche Rechtswirkung wie eine entsprechende kartell(ober)gerichtliche Entscheidung.

Neben der zweiten, allerdings anders als die Bundeswettbewerbsbehörde nicht mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten, Amtspartei Bundeskartellanwalt ist die Wettbewerbskommission als Beratungsgremium zu erwähnen.

Hinsichtlich der Zuständigkeiten zur Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln in Österreich ist ein vergleichsweise kompliziertes System vorgesehen. Die BWB ist dabei, soweit nicht die Zuständigkeit des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit (§ 3 Abs 2 WettbG) oder der Gerichte gegeben ist, die für die Durchführung der Europäischen Wettbewerbsregeln zuständige österreichische Behörde. Mit Beziehung auf die Anwendung der Art 81 und 82 EGV im Einzelfall ist zuständige Wettbewerbsbehörde aber auch das KG für die Erlassung von Entscheidungen und der Bundeskartellanwalt für Anträge beim KG (§ 83 Abs 1 KartG). VO 1/2003 sieht neben umfassenden Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten (Art 5) im Sinne einer Stärkung des „private enforcement“ auch noch eine solche der nationalen Gerichte vor, die zur (vollständigen) Anwendung der Art 81 und 82 EGV berufen sind (Art 6).

Budget und Personal

Die Entwicklung der für die Bundeswettbewerbsbehörde zur Verfügung stehenden Mittel stellt sich dar wie folgt⁸:

Erfolg 2005: 1,683 Mio €

Erfolg 2006: 1,791 Mio €

Voranschlag 2007: 2,060 Mio €

Voranschlag 2008: 2,064 Mio €

Davon entfallen etwas weniger als Zwei Drittel auf Personalkosten.⁹

Dem stehen – allerdings nicht unmittelbar der Bundeswettbewerbsbehörde zu Gute kommende – Einnahmen aus der gem § 10a Abs 1 WettbG zu entrichtenden Anmeldegebühr für Zusammenschlüsse in der Höhe von ca 470.000 € gegenüber¹⁰.

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

| | Fallbearbeiter | Administration | | | Summe |
|-----------------------------------|----------------|----------------|----|-------|-------|
| | | A1/v1 | v2 | A3/v3 | |
| Bundesfinanzgesetz 2003 | 13 | 1 | 2 | 3 | 19 |
| Bundesfinanzgesetz 2004 | 17 | 1 | 3 | 3 | 24 |
| Bundesfinanzgesetz 2005 | 17 | 1 | 3 | 4 | 25 |
| Bundesfinanzgesetz 2006 | 17 | 1 | 3 | 4 | 25 |
| Bundesfinanzgesetz 2007 | 24 | 2 | 3 | 4 | 33 |

Erläuterung: Fallbearbeiter einschließlich Generaldirektor, Geschäftsstellenleiter.

Quelle: Bundesfinanzgesetze; unterjährige Änderungen unberücksichtigt.

⁸ Quelle: Bundesvoranschläge.

⁹ Bundesvoranschlag 2008: 63,9 %.

¹⁰ Ein Neuntel der eingenommenen Anmeldegebühren ist dem Bundesminister für Justiz zu überweisen (§ 10 a Abs 1 WettbG).

Aktenanfall**Aktenanfall 01.07.2006 bis 30.06.2007**

3.Qu.06 4.Qu.06 1.Qu.07 2.Qu.07 SUMME

FÄLLE national

| | | | | | |
|-------------------------------------|-----------|------------|------------|------------|------------|
| Zusammenschlussanmeldungen | 67 | 75 | 83 | 84 | 309 |
| Sonstige Zusammenschlussakte | 12 | 11 | 8 | 5 | 36 |
| Kartellfälle KartG | 5 | 9 | 4 | 5 | 23 |
| Marktmachtmißbrauchsverfahren KartG | 5 | 5 | 8 | 3 | 21 |
| UW/Verbraucherbehördenkooperation | | 6 | 8 | 5 | 19 |
| Fälle diverses | 6 | 12 | 8 | 9 | 35 |
| SUMME Fälle national | 95 | 118 | 119 | 111 | 443 |

FÄLLE Europa

| | | | | | |
|---------------------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Kartell- und Marktmachtmißbrauch (EU) | 11 | 17 | 11 | 8 | 47 |
| Fusionsfälle (EU) | 97 | 102 | 106 | 97 | 402 |
| SUMME Fälle Europa | 108 | 119 | 117 | 105 | 554 |

| | | | | | |
|--------------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| SUMME Fälle | 203 | 237 | 236 | 216 | 997 |
|--------------------|------------|------------|------------|------------|------------|

SONSTIGES

| | | | | | |
|--|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| Administratives | 17 | 19 | 10 | 5 | 51 |
| Internationale Angelegenheiten, OECD | 13 | 13 | 11 | 8 | 45 |
| Legistik | 7 | 2 | 14 | 15 | 38 |
| EuG Verfahren | | | 6 | 7 | 13 |
| Wettbewerbskommission | 9 | 6 | 8 | 7 | 30 |
| Eur. Comp. Network | | | 8 | 9 | 17 |
| Diverses (Angel.des GD, allgem.wirtsch.Angel., u.a.) | 42 | 41 | 18 | 12 | 113 |
| SUMME Sonstiges | 88 | 81 | 75 | 63 | 307 |

| | | | | | |
|---------------------|------------|------------|------------|------------|-------------|
| SUMME gesamt | 291 | 318 | 311 | 279 | 1304 |
|---------------------|------------|------------|------------|------------|-------------|

III. Enforcement**Aufzugs- und Fahrtreppenindustrie**

Die BWB brachte am 30.1.2007 beim Kartellgericht Geldbußenanträge nach § 142 Z 1 lit a und lit d KartG 1988 gegen führende Unternehmen der österreichischen **Aufzugs- und Fahrtreppenindustrie** wegen ihrer mutmaßlichen Beteiligung an Kartellabsprachen ein. Bei den mutmaßlichen wettbewerbsbeschränkenden Praktiken handelte es sich vor allem um Abspra-

chen über die Zuteilung von Projekten bzw. eine Marktaufteilung, Preisabsprachen sowie den Austausch von sonstigen vertraulichen Marktinformationen im Hinblick auf die Neuerrichtung, Wartung und Modernisierung von Aufzügen und Fahrtreppen betreffend das gesamte österreichische Bundesgebiet. Die BWB geht nach den ihr vorliegenden Informationen davon aus, dass die Kartellabsprachen seit Ende der 80er Jahre bis zumindest Mitte 2004 stattfanden.

Die BWB hatte durch Ersuchen zweier beteiligter Unternehmen auf Anwendung des Kronzeugenprogramms der BWB (§ 11 Abs 3 WettbG; siehe dazu BWB - Kronzeugenregelung) von der mutmaßlichen Zuwiderhandlung Kenntnis erlangt.

Das Verfahren läuft.

Filmverleihunternehmen

Das KOG bestätigte mit Beschluss vom 26.6.2006 (16 Ok 3/06) die Geldbußenentscheidung des KG vom 21.12.2005 (26 Kt 95/03-50) gegen ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Filmverleihunternehmen.

Der Anlassfall betraf ausschließlich Multiplexkinos. Die Frage der Marktbeherrschung war bereits im Vorverfahren geklärt worden (26 Kt 230/02, 26 Kt 93, 94/03-103 sowie 16 Ok 20/04). Rechtsgrundlage für die Marktbeherrschung im Anlassfall war im Wesentlichen § 34 Abs 2 KartG 1988 (nunmehr § 4 Abs 3 KartG 2005), der den Fall der Marktbeherrschung eines Unternehmens durch dessen überragende Marktstellung im Verhältnis zu seinen Abnehmern regelt. Multiplexkinos sind im Sinn dieser Bestimmung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu einem Filmunternehmen angewiesen sind, das regelmäßig eine Vielzahl kommerziell attraktiver Filme auf den Markt bringt.

Ob eine Marktbeherrschung gegenüber Kinos mit weniger als 8 Kinosälen anzunehmen ist, blieb ungeklärt.

Das KOG beanstandete in Anbetracht der Vielzahl von Verletzungshandlungen und der diesen zugrunde liegenden zielgerichteten und planmäßigen Absicht systematisch fortgesetzte

Missbrauchshandlungen als Teil einer gezielten Unternehmensstrategie. Diese Strategie bestehe v.a. darin, dass Lieferverweigerung gegenüber den Mitbewerbern durchwegs ohne sachliche, das heißt nachvollziehbare bzw. zutreffende, Begründung erfolgte, während die örtlich konkurrierenden Kinos der Antragsgegnerin 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.

Aus der Entscheidung ergeben sich folgende Verhaltenspflichten für marktbeherrschende Filmverleihunternehmen:

- Die Ablehnung der Belieferung mit Filmen, die mit mehr als 10 Kopien österreichweit gestartet werden, ist sachlich zu begründen. Dies setzt die Darlegung nachvollziehbarer und zutreffender Gründe für die Nichtbelieferung voraus. Der bloße Hinweis auf ein nicht offen gelegtes "Ranking" mit den eigenen Verleihumsätzen oder auf die zu niedrige Anzahl der Startkopien genügt diesem Erfordernis nicht.
- Spätestens vier Wochen vor Filmstart sind der Starttermin bekannt zu geben und die Filmbelieferung zu bestätigen. Werbe- und Promotionsmaterial ist ab Verfügbarkeit unverzüglich auszuliefern.
- Vertikal integrierte Filmverleihunternehmen sind verpflichtet, örtlich konkurrierenden Kinos die gleichen Bedingungen bei der Werbetätigkeit im Rahmen des Filmverleihs zu gewähren wie eigenen Lichtspieltheatern.

Verbotene Durchführung von Zusammenschlüssen

Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragte in zwei Fällen beim Kartellgericht die Feststellung, dass ein namhafter österreichischer "**Energy-Drink**"-Hersteller mit einer in Liechtenstein ansässigen Aktiengesellschaft in verbotener Weise ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet bzw dieses bereits vor kartellrechtlicher Genehmigung betrieben hätte. Weiters wurde ein Antrag auf Verhängung einer Geldbuße nach § 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 Abs 1 KartG gestellt. Der Bundeskartellanwalt hat sich den Anträgen der Bundeswettbewerbsbehörde angeschlossen.

Am 29.11.2006 wurden die beiden Verfahren wegen verbotener Durchführung, Z-100 und Z-101, vom Kartellgericht verbunden. Die Parteien signalisierten ihre Bereitschaft, die Verfahren einvernehmlich beenden zu wollen. Der Vermittlungsversuch des Kartellgerichts mündete hierauf in dem Vorschlag, die Antragsgegner mögen einen noch näher zu bestimmenden Betrag an eine gemeinnützige Einrichtung spenden. Diese Vorgehensweise wurde von den Amtsparteien abgelehnt, insbesondere, weil der Gesetzgeber für Kartellverfahren das Rechtsinstitut der Diversion (anders als im Strafrecht) nicht vorsieht. Schließlich verpflichteten sich die Antragsgegner, nach Maßgabe des § 32 KartG - also: im Rahmen eines Vergleichs zu Gunsten des Bundes - €15.000,-- binnen 14 Tagen nach Erhalt der Zahlungsaufforderung zu bezahlen. Das Verfahren ist damit endgültig beendet.

Der Bundeskartellanwalt beantragte beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht gemäß § 28 KartG iVm § 17 Abs 1 KartG die Feststellung, dass sich ein namhaftes österreichisches **Möbelhaus** mit drei von einander unabhängigen deutschen Möbelhäusern in verbotener Weise zusammengeschlossen hat. Weiters wurden Anträge auf Verhängung einer Geldbuße nach § 142 Z 1 lit a iVm § 42 a Abs 4 KartG 1988 sowie nach § 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 Abs 1 KartG gestellt.

Die Bundeswettbewerbsbehörde schloss sich den Anträgen des Bundeskartellanwaltes an.

Die Ergebnisse des vor dem Kartellgericht abgeführten Ermittlungsverfahrens zeigten, dass einer der drei beanstandeten Zusammenschlüsse eine spürbare, wenn auch geringfügige Inlandsauswirkung auf den österreichischen Beschaffungsmarkt hat; in den beiden anderen Fällen war die Spürbarkeit einer etwaigen Inlandsauswirkung nicht eindeutig nachweisbar. Die Amtsparteien zogen daher in zwei Fällen ihre Anträge zurück. Das Kartellgericht verhängte hierauf rechtskräftig wegen der im Jahre 2005 in verbotener Weise erfolgten Durchführung des dritten Zusammenschlusses am 11.10.2006 eine Geldbuße in der Höhe von € 15.000,--. Die Antragsgegner verpflichteten sich in derselben Tagsatzung, alle drei Zusammenschlüsse nachträglich bei der BWB anzumelden und einer Zusammenschlusskontrolle zuzuführen.

Das Kartellgericht verhängte auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde gegen ein internationales **Süßwarenunternehmen** eine Geldbuße von € 15.000,-- wegen des Nichteinhaltens

von Auflagen, die diesem im Zusammenhang mit der Freigabe eines Zusammenschlusses auferlegt worden waren¹¹. Der Beschluss ist rechtskräftig.

Im August 2005 hatte der Bundeskartellanwalt die Feststellung der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses (§ 42a Abs 5 KartG 1988) sowie die Verhängung einer Geldbuße (§ 142 Z 1 lit a iVm § 42a Abs 4 KartG 1988) gegen drei Unternehmen beantragt, die am Kontrollerwerb über ein österreichisches Unternehmen der **Baustoffindustrie** beteiligt waren. Die Bundeswettbewerbsbehörde schloss sich der vom Bundeskartellanwalt vertretenen Rechtsansicht an¹².

Der betreffende Erwerbsvorgang wurde in der Folge als Zusammenschluss angemeldet und nach Durchführung eines vertieften Prüfungsverfahrens (Phase II) nicht untersagt. Ergebnis dieses Verfahrens war, dass die Erwerberin bereits zuvor (zulässig) gemeinsame Kontrolle über das Zielunternehmen ausgeübt hatte und sich der spätere (verfahrensgegenständliche) Übergang zu alleiniger Kontrolle nicht mehr auf die Markt- und Wettbewerbssituation auswirkte.

Mit Beschluss vom 31. Oktober 2006 stellte das Kartellgericht die verbotene Durchführung des Zusammenschlusses über einen Zeitraum von 21 Monaten fest und verhängte gegen die Antragsgegner Geldbußen in Höhe von insgesamt 140.000 €

IV. Laufende Ermittlungen bzw Verfahren

REWE/ADEG

Zu der in den Medien vielfach – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Branchenuntersuchung der BWB - vielfach diskutierten Minderheitsbeteiligung der REWE Gruppe an ADEG hatte sich die Bundeswettbewerbsbehörde im Frühjahr entschlossen, die Generaldirektion Wettbewerb mit der Frage zu befassen, ob es sich bei dem Vorgang um einen Zusammenschluss nach EG-Fusionskontrollverordnung handle.

In ihrer Antwort teilte die GD Wettbewerb mit, dass die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen (Aktienverkauf von 24,9% sowie Mitwirkungsrechte) sowie die vertraglichen Kooperati-

¹¹ A-463

¹² A-1054

onen zwischen REWE und ADEG keinen Zusammenschluss iSd europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) begründen. "Der Erwerb" führe "nicht zu einem kontrollierenden Einfluss der REWE über ADEG".

Die BWB geht nach den derzeit vorhandenen Unterlagen aus denselben Erwägungen wie die Generaldirektion Wettbewerb davon aus, dass ein beherrschender Einfluss iSd § 7 (1) Z 5 KartG nicht vorliegt und somit ein Zusammenschluss auch nach österreichischem Kartellrecht nicht gegeben ist.

Die BWB prüft derzeit den Sachverhalt im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem österreichischen und europäischen Kartell- und Missbrauchsregeln (§§ 1 und 4 KartG sowie Art 81 und 82 EG) und wird – so dies geboten erscheint - einschreiten. Auf letztere Möglichkeit hat die GD Wettbewerb in ihrer Mitteilung auch ausdrücklich hingewiesen. Diese Prüfung erfolgt in enger Abstimmung mit dem Bundeskartellanwalt und der GD Wettbewerb.

Jet Fuel Preise

Im Juni 2007 brachte die Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht den Antrag ein, mögliches missbräuchliches Verhalten auf dem Jet Fuel Markt am Flughafen Wien Schwechat abzustellen und gegebenenfalls zu beußen. Rechtlich handelt es sich dabei um einen möglichen Verstoß gegen § 5 des Kartellgesetzes 2005 und gegen Art. 82 des EG-Vertrages.

Die BWB ist nach umfangreichen Recherchen zur Auffassung gelangt, dass die „Untersuchungsergebnisse nicht geeignet sind, einen Preismissbrauch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszuschließen.“ Mit der Fokussierung auf diesen sogenannten Ausbeutungsmissbrauch ist aber auch bereits klar gelegt, dass nach Auffassung der BWB die Vorwürfe betreffend Behinderungsmissbrauch (z.B. Marktabschottung u.ä.) in den Untersuchungen nicht bestätigt werden konnten.

Die Ergebnisse der Recherchen der Behörde, wie sie dem Kartellgericht zugeleitet wurden, lassen sich im Hinblick auf Ausbeutungsmissbrauch so zusammenfassen:

Bei den betroffenen Leistungen (= sog. „relevanter Markt“) handelt es sich um die Lieferung von Flugturbinenkraftstoff („Jet Fuel“) der Spezifikation Jet A1 an Flugverkehrsgesellschaften am Flughafen Wien Schwechat („VIE“).

Die überragende Position, welche die Raffinerie Schwechat bei der Versorgung am VIE einnimmt, ist durch die spezifischen Lieferbedingungen am vorgelagerten Markt (= Raffinerie-/Großhandelsmarkt) und durch erhebliche Marktzutrittsbarrieren, unter denen die Verfügung über die einzige alternative Anlieferungsmöglichkeit (Bahntladestation) und die gemeinsame Beherrschung der Flughafen Schwechat Hydrantengesellschaft (FSH) hervorzuheben sind, abgesichert, sodass eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist.

Die BWB ist der Frage, ob ein Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Preise vorliegt, primär mittels des Vergleichsmarktkonzeptes nachgegangen, da es bei einem Kuppelprodukt keine stringente Regel für eine Kostenzuordnung gibt. Als Bezugsgröße wurde dabei auf das Differential, d.h. auf den flughafenspezifischen Aufschlag auf die internationalen Produktnotierungen (sog. Platts-Notierungen) abgestellt, da dieses die deutlichste Verknüpfung mit dem Marktbeherrschungstatbestand aufweist. Die BWB hat sich dabei nicht auf einen analytischen Ansatz beschränkt, sondern stützte sich auf unterschiedliche statistische Methoden (deskriptive ebenso wie ökonometrische) und Vergleichsmaßstäbe (insbesondere die Auswahl der Vergleichsflughäfen). Die Ergebnisse lagen innerhalb einer relativ großen Bandbreite, wiesen allerdings in die gleiche Richtung, sodass die BWB zur Auffassung gelangte, dass ein Preismissbrauch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.

Das Verfahren läuft.

V. Abgeschlossene Fälle

Fusionen

Die statistische Erfassung der 2006¹³ bei der BWB angemeldeten Zusammenschlüsse ergibt zusammengefasst folgendes Bild:

| Zusammenschlussstatistik 2006 | |
|---|------------|
| Anmeldungen insgesamt | 274 |
| Fallabschluss in Phase I | |
| Fristablauf | 201 |
| Prüfungsverzicht | 50 |
| Zurückziehung der Anmeldung | 8 |
| Summe Abschluss in Phase I | 259 |
| das sind in % aller Anmeldungen | 94,5 |
| Fallabschluss in Phase II | |
| Zurückziehung der Anmeldung | 2 |
| Zurückziehung des/der Prüfungsanträge | 9 |
| Abschluss ohne KG-Entscheidung | 11 |
| Untersagung durch KG | 0 |
| Nichtuntersagung durch KG | 1 |
| Nichtuntersagung durch KG mit Auflagen | 2 |
| Sonstige KG-Entscheidung | 1 |
| Abschluss durch KG-Entscheidung | 4 |
| Summe Phase II - Fälle | 15 |
| das sind in % aller Anmeldungen | 5,5 |
| | |
| Prüfungsanträge BWB | 13 |
| Prüfungsanträge BKartAnw | 6 |
| | |
| Verpflichtungserklärungen u Auflagen | |
| Verpflichtungserklärungen in Phase I | 1 |
| Verpflichtungserklärungen in Phase II | 2 |
| Auflagen (K[O]G Entscheidung) | 2 |
| Summe | 5 |

¹³ Aus praktischen Gründen wurde bei untenstehender Statistik auf das Kalenderjahr, nicht auf den Berichtszeitraum abgestellt.

Die überwiegende Mehrzahl der 274 Fälle, nämlich nahezu 95%, konnten in der ersten, vierwöchigen Verfahrensphase abgeschlossen werden – in der Regel durch Fristablauf, oft aber auch durch Prüfungsverzicht. In einigen Fällen wurde die Anmeldung des Zusammenschlusses zurückgezogen – üblicherweise deshalb, weil eine nähere Prüfung des Vorhabens durch die Amtsparteien ergab, dass es sich entweder um keinen Zusammenschluss iS KartG 2005 handelte oder aber die Schwellenwerte für die Anmeldepflicht nicht überschritten wurden.

Nur etwas mehr als 5% der Fälle ging in die zweite Phase, dh BWB und/oder Bundeskartellanwalt stellten einen Prüfungsantrag. In vielen Fällen geschah dies ausschließlich deshalb, weil – zB wegen noch nicht vollständig vorliegender Ergebnisse von Ermittlungen der BWB - die zum Zeitpunkt des Fristablaufs vorliegenden Informationen nicht ausreichten, die Gefahr der Entstehung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit hinreichender Sicherheit auszuschließen.

Agip Austria GmbH; A1 Tankstellenbetrieb GmbH

Die Agip Austria GmbH meldete am 19. 6. 2006 den Kauf von 12 Tankstellen der A1 Tankstellenbetrieb GmbH an¹⁴. Die betroffenen Tankstellen befinden sich überwiegend (11) in der Steiermark. Da Tankstellen in unmittelbarem Wettbewerb primär zu den verkehrsgeografisch nächst-gelegenen 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.

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 auszeichnet 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 Marken-tank-stellen, kann aber nicht als Diskonter betrachtet werden.

¹⁴ Z-125

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 / B 113 stand:

Diese Region ist kein Tiefpreisgebiet, sie grenzt sich zumeist scharf vom ober-steirischen 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.

Aus der Analyse zog die BWB daher in Abstimmung mit dem Bundeskartellanwalt die Schlussfolgerung, dass der Zusammenschluss ohne Auflagen frei zu geben ist.

Die BWB wird Zusammenschlüsse auf dem Tankstellenmarkt auch weiterhin sehr eingehend auf ihre wettbewerbliche Wirkung prüfen.

JPMP Capital Corp.; Hellux Leuchten GmbH

Die BWB stellte am 22.9.2006 einen Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses JPMP Capital Corp. - Hellux Leuchten¹⁵, an dem in Österreich v.a. die Firmen Siteco und AE Austria beteiligt sind. Sie bat das Kartellgericht jedoch, ihr noch kurze Zeit für weitere Ermittlungen einzuräumen.

So befragte die BWB etliche Kunden der Anmelder, um zu ermitteln, ob es sich beim Außenleuchtenmarkt tatsächlich um einen Ausschreibungsmarkt handelt, auf dem jeweils mehrere europäische Anbieter mitbieten. Ebenso befragte sie (nochmals) Konkurrenten, um zu eruieren, ob - wie von den Anmeldern dargestellt - dekorative und technische Außenleuchten einen jeweils eigenen Markt darstellen sowie die Marktanteile u.ä. zu ermitteln.

¹⁵ Z-180

Da die Ermittlungen jedoch weitere Fragen aufwarfen, deren Klärung nicht kurzfristig möglich war, und die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlusses somit nicht vorzeitig abgeschlossen werden konnte, hielt die BWB ihren Prüfungsantrag aufrecht.

Das Kartellgericht gab ein Gutachten in Auftrag, für welches über 200 Kunden befragt wurden. Die im Rahmen der Gutachtenserstellung geführten Gespräche und die erkennbaren Tendenzen in den Auswertungen ließen darauf schließen, dass Siteco und AE Austria nicht die nächsten Wettbewerber sind, daher nicht besonders großen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben und dass sich an Ausschreibungen bzw. Angebotseinholungen in den allermeisten Fällen mehrere Leuchtenhersteller beteiligen. Es war daher davon auszugehen, dass der Zusammenschluss nicht zu wettbewerbsrechtlich bedenklichen Auswirkungen führt. Die BWB sah daher die Sache als geklärt an und zog ihren Prüfungsantrag zurück, womit das gerichtliche Verfahren beendet wurde.

Telekom Austria AG / eTel Austria AG

Am 29.12.2006 meldete die Telekom Austria AG bei der BWB den Erwerb aller Anteile an eTel Austria AG (A), eTel GmbH (D), eTel Slovensko sro (Slk), eTel Magyarorszag Tavközlesi Kft (Hun), etel Polska Sp. z o.o. (Pol) und ETEL sro (Cz) als ZS (Zusammenschluss) an¹⁶.

Am 26.1.2007 stellte die BWB nach Durchführung umfangreicher Ermittlungen einen Antrag auf Prüfung des Vorhabens beim Kartellgericht. Auch der Bundeskartellanwalt stellte am 26.1.2007 diesen Antrag.

Aus den Ermittlungen und der umfassenden kartellrechtlichen Prüfung am Maßstab der §§ 12 iVm 4 und 20 KartG sowie der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung horizontaler ZS gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse ergibt sich:

¹⁶ BWB/Z-276 - Telekom Austria AG; eTel Austria AG, eTel GmbH, eTel Slovesnko s.r.o., eTel Magyarorszag Távközlési Kft., eTel Polska Sp. z o.o., ETEL s.r.o..

Telekom Austria AG (TA) erbringt ein umfassendes Spektrum an Telekomdienstleistungen, weit überwiegend unter Verwendung eigener Infrastruktur. Geographischer Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit ist Österreich. Etel (bzw die etel-Gruppe) erbringt jeweils über nationale Gesellschaften in Österreich, Deutschland, der Slowakei, Ungarn, Polen und der Tschechischen Republik ein umfassendes Spektrum an Telekomdienstleistungen. Dabei bedient sich etel sowohl eigener als auch fremder Infrastruktur. Der Schwerpunkt von etels Geschäftstätigkeit liegt im Geschäftskundenbereich.

Der Zusammenschluss betrifft zahlreiche Märkte des Telekomsektors. Der Großteil der betroffenen Märkte ist bereits vor Durchführung des vorliegenden Zusammenschlusses stark konzentriert, meist besteht bereits aktuell eine marktbeherrschende Stellung der TA iSd § 4 KartG, die sich ua aus den folgenden Sachverhaltselementen ergibt:

- TA hält auf den meisten der betroffenen Märkte sehr hohe Marktanteile, die weitgehend stabil sind, tw sogar leicht steigende Tendenz aufweisen.
- Auf den für die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Festnetzmärkten besonders bedeutsamen Festnetzanschlussmärkten verfügt TA über eine monopolartige Stellung.
- Auf den meisten Märkten sind nur wenige und deutlich kleinere Mitbewerber aktiv. Nur auf sehr wenigen der relevanten Märkte verfügen zwei Mitbewerber über ausreichende Größe und die Fähigkeit, als Full Service Provider spürbaren Wettbewerbsdruck auf TA auszuüben.
- Die Marktgegenseite ist meist – insbes auf den Endkundenmärkten – stark fragmentiert.

Dieses Ergebnis der kartellrechtlichen Prüfung wird auch durch die Marktanalyseverfahren des Regulators bestätigt, welcher auf zahlreichen der betroffenen Märkte beträchtliche Marktmacht der TA festgestellt hat.

Der ZS hätte, würde er unverändert durchgeführt, in einem nicht akzeptablen Ausmaß negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten:

- TA würde durch den Zusammenschluss ihre bereits sehr hohen Marktanteile weiter ausbauen.
- Durch den Zusammenschluss wird mit etel einer der (neben TA) wenigen Full Service Provider im Telekom-Bereich und damit ein naher Mitbewerber der TA und eine

wichtige Wettbewerbskraft beseitigt (die Zahl weiterer Mitbewerber von spürbarer Größe ist verschwindend gering).

- Da nur wenige alternative Anbieter zur Verfügung stehen, regelmäßig lange Bindungsfristen zu beachten sind und häufig Wechsel-/Umstellungskosten anfallen, kann es für Kunden schwierig sein, den Anbieter zu wechseln.
- Auf den Telekom-Märkten ist das Zusammenwirken verschiedener Infrastrukturen von Bedeutung. Insbes auf solchen Märkten haben marktbeherrschende Unternehmen häufig die Fähigkeit, die Mitbewerber am Wachstum zu hindern (alle Mitbewerber der TA sind auf deren Vorleistungen angewiesen), indem zB Kosten erhöht werden oder die Qualität vermindert wird.
- Auf den meisten Märkten existiert keine (ausreichende) Nachfragemacht der Abnehmer, die einer durch den ZS verursachten erhöhten Marktmacht der TA wirksam entgegenzutreten könnte.
- Die Abhängigkeit der Vorleistungsbezieher vom Anbieter der Vorleistung ist für den erfolgreichen Marktauftritt alternativer Anbieter gegenüber der TA und damit für die Entwicklung des Wettbewerbs nachteilig. Durch den ZS wird sich diese Situation insofern verschärfen, als mit etel eine glaubwürdige Alternative wegfällt.
- Va im Geschäftskundenbereich, wo einerseits TA über besonders hohe Marktanteile verfügt, andererseits etel ihren Fokus und dementsprechend ebenfalls beträchtliche Marktanteile hat, sind besonders schwerwiegende negative Auswirkungen zu befürchten.
- Mit neuen Markteintritten, die die Entwicklung des Wettbewerbs positiv beeinflussen könnten, ist mittelfristig nicht zu rechnen.
- Der Telekomsektor ist in weiten Bereichen reguliert, weil kein „selbsttragender“ Wettbewerb herrscht. Das Vorhandensein von Regulierung ist die Reaktion auf die Diagnose: der Wettbewerb im Telekomsektor ist aktuell in wenig entwickeltem/schlechtem Zustand. Die Marktanteile unterstreichen dieses Bild auch über die regulierten Märkte hinaus. Wenn in einer solchen Situation ein marktbeherrschendes Unternehmen einen der wenigen Mitbewerber übernimmt, wird die ohnehin problematische Entwicklung des Wettbewerbs noch zusätzlich beeinträchtigt.

In außerordentlich langwierigen Verhandlungen mit den beteiligten Stellen – TA, Regulator (RTR-GmbH) und Kartellgericht (Erörterungstagsatzung) – entwickelten BWB und BKartA in enger Zusammenarbeit einen von TA zu übernehmenden Verpflichtungskatalog, der den

identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenwirken und die Genehmigung des ZS doch noch ermöglichen soll.

Auf entsprechende Aufforderung des Kartellgerichtes erklärte die RTR-GmbH in einer Stellungnahme vom 20.3.2007 zum von BWB und BKartA vorgeschlagenen Verpflichtungskatalog, aus Sicht der RTR-GmbH seien Teile dieses Verpflichtungskatalogs notwendig und schon für sich hinreichend. Insbes bestand die Sorge, der von BWB und BKartA vorgeschlagene Katalog könnte TA auch in solchen Bereichen Verpflichtungen aufbürden, in denen der Regulator eine Zuständigkeit zur Gestaltung der Marktbedingungen hat. Die RTR-GmbH sprach sich nachdrücklich gegen die Überschneidungen der Kompetenzen des sektorspezifischen Regulators und der allgemeinen Wettbewerbsbehörden aus, die von ihr in zu weit gehenden Auflagen gesehen wurden.

Trotz dieser grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten, die sich aus den „vielen Spielfeldern“ ergeben, die der Gesetzgeber für die Wettbewerbsaufsicht im Telekomsektor geschaffen hat, verlangten BWB und BKartA einen Verpflichtungskatalog, der über die von der RTR-GmbH für hinreichend betrachteten Auflagen deutlich hinausging. Dieser Verpflichtungskatalog wurde schlussendlich von TA akzeptiert.

Im weiteren Verfahren wurde sehr deutlich, dass der von BWB und BKartA vorgeschlagene Verpflichtungskatalog das iSd Entwicklung des Wettbewerbs beste erzielbare Ergebnis ist.

Daher gab TA am 10.4.2007 gegenüber den Amtsparteien eine Verpflichtungserklärung¹⁷ iSd von BWB und BKartA verlangten Katalogs ab, und BWB und BKartA zogen am 11.4.2007 im Hinblick auf die Verpflichtungserklärung der TA ihre Prüfungsanträge zurück. Das Kartellgericht stellte mit Beschluss vom 12.4.2007 das Prüfungsverfahren ein.

Erste Bank / s Haftungs- und Kundenabsicherungs GmbH / Wr. Neustädter Sparkasse

In einer Entscheidung vom 21.3.2007 bestätigte der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht die Entscheidung des Kartellgerichtes vom 9.11.2006, zwischen Erste Bank, s Haftungs-

¹⁷ Wortlaut der Verpflichtungserklärung : www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/ta_etel_freigabe_verpflichtungen.htm

und Kundenabsicherungs GmbH und der Wr. Neustädter Sparkasse sei der Zusammenschlusstatbestand erfüllt.

Erste Bank und 53 Sparkassen hatten im Zuge eines anderen Verfahrens¹⁸ - vereinfacht ausgedrückt - in Form eines Feststellungsantrages versucht, den "Haftungsverbund" (Kooperation nach Art. 81 (1) EG) als Zusammenschluss (Konzentration nach Fusionskontrollbestimmungen des KartG 2005) gerichtsanhängig zu machen. Erst nachdem ein Gerichtsgutachten die Zusammenschlusseigenschaft (zuerst) deutlich verneint hatte und nachdem die Antragstellerinnen ihren Antrag dann zwei Mal völlig modifiziert (zuletzt in Form einer "Zusatzvereinbarung" vom 17.11.2005) bzw. auf bloß die Erste Bank, die sHaftungs- und Kundenabsicherungs GmbH und die Wr. Neustädter Sparkasse eingeschränkt hatten, wurde die Zusammenschlussqualität vom Kartellgericht bejaht, wogegen die Bundeswettbewerbsbehörde zwecks höchstgerichtlicher Absicherung Rekurs erhoben hatte.

Das Kartellobergericht hat dem Rekurs keine Folge gegeben und - das Kartellgericht bestätigend - festgestellt, dass durch die Zusatzvereinbarung zw. Erste Bank, s Haftungs- und Kundenabsicherungs GmbH und Wr. Neustädter Sparkasse der Tatbestand eines Zusammenschlusses erfüllt ist (§ 7 Abs. 1 Z. 5 KartG 2005).

Atlas Copco AB; ABAC Aria Compressa S.p.A.

Bei der Bundeswettbewerbsbehörde wurde am 17.08.2006 der indirekte Erwerb aller Anteile an ABAC Aria Compressa S.p.A., Italien, durch Atlas Copco, Schweden, als Zusammenschluss angemeldet.¹⁹ Der Zusammenschluss betraf die Märkte für stationäre Kompressoren. Da nach Ablauf der ersten Verfahrensphase die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausgeschlossen werden konnte, wurde von der BWB ein Prüfungsantrag gestellt. In der rechtskräftigen Entscheidung vom 12.2.2007 kommt auch das Kartellgericht zum Ergebnis, dass der Zusammenschluss ohne Verhängung von Auflagen zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf Märkten für öleingespritzte Schraubenkompressoren führen würde.

¹⁸ 16 Ok 12/06

Es verhängte daher folgende Auflagen:

- **Veräußerungsverpflichtung der Marke "AGRE".** Atlas Copco AB ("Atlas") ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass AGRE Kompressoren GmbH ("AGRE"), die im Anhang der Entscheidung näher beschriebene Marke "AGRE" für das Gebiet der Republik Österreich in das Eigentum eines Dritten überträgt. Atlas ist berechtigt, sich im Zuge der Abtretung der Marke eine ausschließliche und entgeltfreie Lizenz zur Nutzung der Marke für die Produktion und den Vertrieb von Kolbenkompressoren und dazugehörige Dienstleistungen einräumen zu lassen.
- **Hinweispflicht zur Marke "AGRE".** Atlas ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, spätestens ab einem Monat nach Vollzug des Zusammenschlusses die Marke im Zuge ihres österreichischen Verkaufsgeschäfts und dazugehöriger Dienstleistungen nur noch mit einem klaren Hinweis zu verwenden, der zum Ausdruck bringt, dass die Marke von Atlas benutzt wird.
- **Zugang zur Kundenbasis.** Atlas ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass AGRE allen ihren Kunden, die im Bereich stationärer öleingespritzter Schraubenkompressoren >22kW über bestehende Wartungs- oder Serviceverträge verfügen, das Recht zu einer vorzeitigen Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 2 Monaten per Monatsende einräumt.
- **Zugang zur Vertriebsmannschaft von "AGRE".** Atlas ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass AGRE - nach Abschluss der Abtretungsvereinbarung mit dem Erwerber - von der Geltendmachung von Wettbewerbsverboten (für den Fall, dass solche in den Arbeits-, Angestellten- oder Werksverträgen mit Verkaufsmitarbeitern von AGRE vorgesehen sind) absieht, wenn Verkaufsmitarbeiter vom Erwerber abgeworben werden.
- **Zugang zu Vertriebshändlern von AGRE.** Atlas ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass - nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens - sämtliche Vertriebshändler von AGRE, die zu diesem Zeitpunkt sowohl Kolbenkompressoren als auch stationäre öleingespritzte Schraubenkompressoren von AGRE vertreiben, weder in rechtlicher noch in faktischer Hinsicht Einschränkungen unterliegen, stationäre öleingespritzte Schraubenkompressoren von einem Anbieter ihrer Wahl zu beziehen.

¹⁹ Z-169.

Das deutsche Bundeskartellamt hat im selben Zusammenschlussvorhaben als Auflage die Veräußerung der Produktionsanlagen von Kompressoren festgelegt. Damit wurde auch die von der Kartellgerichtsentscheidung nicht abgedeckte Problematik des sonstigen Verbleibes der Produktionsanlagen bei den Anmeldern gelöst.

Moser Holding AG / Oberösterreichische Rundschau

Moser Holding AG (MH) und Lancelot Media Holding GmbH (LMH) meldeten am 16.02.2007 den Erwerb von zunächst 25,1% und in einem zweiten Schritt von weiteren 25,9% Geschäftsanteilen an der Oberösterreichischen Rundschau GmbH durch die MH bis spätestens Ende 2008 an²⁰. Bereits mit Durchführung des ersten Anteilserwerbs wird es zur Begründung gemeinsamer Kontrolle der Oberösterreichischen Rundschau-Gruppe (OÖR-Gruppe) durch die MH, durch die Investment Holding GmbH und durch die LMH bzw. deren kontrollierenden Gesellschafter Franz Xaver Hirtreiter kommen.

Die BWB hat am 16.03. einen Antrag nach § 11 KartG auf Prüfung des Zusammenschlusses vor dem Kartellgericht gestellt.

Als sachlich und räumlich relevante Märkte wurden von der BWB angenommen:

- der Lesermarkt für wöchentlich bis 14-tägig erscheinende regionale Zeitungen sowie
- der Markt für regionale Anzeigen in Tageszeitungen, Anzeigenblättern und in anderer regionaler Presse mit vergleichbaren Belegungseinheiten.

Die Anmelder traten für die Abgrenzung jeweils separater Lesermärkte für Kauf- und Gratiszeitungen sowie Anzeigenblätter und für die Abgrenzung eines einheitlichen Werbemarktes für Print, TV und Hörfunk in Oberösterreich ein. Die Abgrenzung eines einheitlichen Werbemarktes für Printmedien und audiovisuellen Medien widerspricht der gängigen (auch internationalen) Kartellrechtspraxis und wird daher von der BWB nicht befürwortet.

²⁰ Z-317

Die genaue Abgrenzung der Lesermärkte bzw. auch der regionalen Printwerbemärkte konnte offen bleiben, da eine Marktabgrenzung zu keiner Änderung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken geführt hätte.

Die wöchentlich erscheinenden Medien der OÖR-Gruppe nehmen am Markt für regionale Wochenzeitschriften in Oberösterreich nahezu eine Alleinstellung ein. Der Zusammenschluss führt zwar nicht unmittelbar zu Marktanteilsadditionen, ist aber mittelfristig durchaus geeignet diese Marktposition zu verstärken.

Hierfür ausschlaggebend sind die sich für die OÖR-Gruppe ergebenden Verbundvorteile durch das Zusammengehen mit MH:

MH ist in kartellrechtlich relevanter Weise mit der "Print"-Zeitungsverlag GmbH verbunden, die in Tirol und seit 2001 auch in Salzburg, Niederösterreich und dem Burgenland die wöchentlich bis 14-tägig erscheinende Gratiszeitung "Bezirksblätter" herausgibt. Im Rahmen der Prognoseentscheidung war bei der Beurteilung des Zusammenschlusses darauf Bedacht zu nehmen, dass die regionale Verankerung der OÖR-Gruppe am oberösterreichischen Markt bei einer allfälligen Einführung der Bezirksblätter in Oberösterreich förderlich sein könnte.

MH steht überdies mit dem Medienhaus Wimmer (Neue Medien Verlags GmbH) in Kooperation bezüglich der Herausgabe, Einführung, Positionierung und Vermarktung der Gratistageszeitung "Neue Zeitung für Oberösterreich".

Außerdem wurden durch die ZETA Medienservice GmbH (Linz) bereits gesellschaftsrechtliche Strukturen für eine Zusammenarbeit der OÖR-Gruppe und des Medienhauses Wimmer geschaffen. Die ZETA Medienservice war dem Vernehmen nach bisher geschäftlich inaktiv.

Die beschriebenen Kooperationen sowohl der MH als auch der OÖR-Gruppe mit dem Medienhaus Wimmer legten die Gefahr der Verminderung des Wettbewerbs zwischen dem Medienhaus Wimmer und der OÖR-Gruppe in Oberösterreich nahe und schafften zumindest potenziell die Möglichkeit der Marktabschottung gegenüber Wettbewerbern.

Die Anmelder erklärten sich bereit, zur Beseitigung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken Verpflichtungserklärungen gegenüber den Amtsparteien abzugeben. Zielrichtung war dabei in

erster Linie die Beendigung der Kooperationen der Beteiligten mit dem Medienhaus Wimmer. Von weitergehenden Zusagen wurde im Hinblick auf das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen iSv § 12 Abs 2 Z 1 KartG (Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen) Abstand genommen.

Die Verpflichtungserklärungen²¹ wurden mit den Amtsparteien akkordiert und in einer Tagsatzung beim Kartellgericht am 30.5.2007 angenommen. Zeitgleich zog die BWB ihren Prüfungsantrag zurück, der Bundeskartellanwalt erklärte, das Verfahren nicht fortsetzen zu wollen. Alle Beteiligten verzichteten auf Beschlussausfertigung und Rechtsmittel. Das Verfahren wurde mit Beschluss v. 30.5.2007 eingestellt.

Marktmachtmissbrauch: Aufbahrungshallen

Im Juni 2005 ging bei der Bundeswettbewerbsbehörde eine Beschwerde eines Bestattungsunternehmens gegen den lokalen Bestattungsmonopolisten und Betreiber einiger Aufbahrungshallen in Niederösterreich ein. Die Beschwerdeführerin beanstandete die Benützungsbedingungen für zwei Aufbahrungshallen in einer niederösterreichischen Stadt. Nach mehreren Gesprächen zwischen der Bundeswettbewerbsbehörde und der Stadt, in denen die allgemeinen wettbewerbsproblematischen Punkte der bestehenden Vereinbarungen besprochen wurden, und in weiterer Folge nach mehreren Gesprächen zwischen dem beschwerdeführenden Bestattungsunternehmen, dem lokalen Bestattungsmonopolisten und der Stadt hat der Gemeinderat im März 2006 beschlossen, dass die zwischen Stadt und dem Bestattungsmonopolisten bestehenden Vereinbarungen gelöst werden. Künftig wird die Betriebsführung der Aufbahrungshallen durch die niederösterreichische Stadt erfolgen, um allen Bestattungsunternehmen einen fairen und problemlosen Zugang zu den Aufbahrungshallen zu ermöglichen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde untersuchte mehrere Problemfälle im Bestattungswesen. Dabei ging es meist um die Benützungsbedingungen von Aufbahrungshallen durch Drittbenutzer. Diese Problematik entstand durch die Novellierung der Gewerbeordnung im Jahr 2002, welche die Bedarfsprüfung abgeschafft und dadurch den freien Wettbewerb im Gewerbe Bestattungswesen belebt, allerdings auch iwF die systemimmanente wettbewerbsrechtliche Problematik aufgedeckt hat. Denn lokale Bestattungsunternehmen, bislang Monopolisten im

²¹ Wortlaut unter http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/oe_rundschau___moser_holding.htm

lokalen und regionalen Raum, verwalteten parallel die für die Ausübung des Bestattungsgewerbes notwendigen Aufbahrungshallen. Seit der Gesetzesnovelle sind neue Unternehmen am Markt tätig, die den Zugang zu Aufbahrungshallen benötigen; generell dürfen Aufbahrungen nur in Aufbahrungshallen vorgenommen werden - dies wird in den jeweiligen Landesbestattungsgesetzen festgelegt.

Die meisten Bestattungsunternehmen, die bislang Aufbahrungshallen für Gemeinde oder Kirche betrieben haben, mussten ua für die Einrichtung selbst aufkommen und erhalten bei Beendigung des Vertragverhältnisses meist keine Inventarablöse. Als Folge der Gewerbeordnungsnovelle und die dadurch neuen Markteintritte herrscht allgemeine Unklarheit, welche Kosten, die durch ua die Anschaffung der Einrichtungen entstehen und vom Betreiber zu zahlen sind, an Drittbenutzer weiterzugeben sind und welche Serviceleistung optional angeboten werden müssen.

Im vorliegenden Fall wählte die betroffene Stadt bzw. der Gemeinderat mit Unterstützung der BWB die "sauberste Lösung", nämlich die Rückübernahme des Betriebes der betroffenen Aufbahrungshallen. In den allgemeinen Benützungsbedingungen für die Aufbahrungshallen werden ua der Leistungsumfang und die tatsächliche Abwicklung festgelegt. Wichtig beim Leistungsumfang ist, dass der Bestatter das Recht hat, jene beweglichen Gegenstände, die er nicht benötigt oder bestellt hat, aus dem Aufbahrungsraum zu entfernen; dies gilt allerdings nicht für jene Gegenstände, die fix mit der Aufbahrungshalle verbunden sind und in diesem Fall auch für Sitzgelegenheiten. Weiters ist es für die praktische Abwicklung wichtig, dass der Schlüssel zur Aufbahrungshalle Montag bis Freitag von 8:00 Uhr bis 16:00 Uhr vom Friedhofswärter abgeholt werden können, und dass ortsansässige Bestatter den Schlüssel gegen Kautions zur Verfügung gestellt bekommen. Durch ua diese Benützungsbedingungen ist gewährleistet, dass der Zugang für alle Benutzer ein fairer ist und iwF keiner der Bestattungsunternehmen einen wettbewerblichen Nachteil erfährt. Insofern wird es keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb geben.

VI. Gesetzgebung

Antragsrecht nach UWG

Bei der Vollziehung der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde ergibt es sich oft, dass viele Sachverhalte im Bereich des Marktmachtmissbrauchs auch den unlauteren Wettbewerb berühren. Daher wurde der Bundeswettbewerbsbehörde ermächtigt²², in diesen Fällen Anträge auf Unterlassung gemäß § 14 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984 in der jeweils geltenden Fassung, zu stellen. Vergleichsweise in Großbritannien ist das Office of Fair Trading (OFT) sowohl für die Vollziehung von Wettbewerbsgesetzen als auch von Verbraucherschutzgesetzen zuständig.

Grünbuch Schadenersatzklagen

Die Europäische Kommission beabsichtigt, Privatpersonen zu ermutigen, bei nationalen Gerichten 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 EU-Wettbewerbsrechts" am 19.12.2005 veröffentlicht²³. In diesem zeigt sie etwaige 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 Klagseinbringung für Privatpersonen schafft. Hierzu denkt die Europäische Kommission ua 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" (dh das Vorliegen eines Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht soll unabhängig von dem Vorliegen eines Verschuldens für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches

²² Durch entsprechende Änderung des UWG und des WettbG (Art 6 und 7 des Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006, BGBl 106/2006); in Kraft getreten am 28.6.2006.

²³ KOM(2005) 672 endgültig.

ausreichen), bei horizontalen Hardcore-Kartellen die doppelte oder sogar dreifache Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zuzusprechen, den Zugang zu Beweismitteln, ua auch zu vertraulichen Daten im Besitz Dritter, massiv zu erleichtern etc.

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat der Europäischen Kommission - wie von dieser gewünscht - eine Stellungnahme zu diesen Vorschlägen übermittelt und vertritt hiebei ua 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 zB 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 betroffenen Unternehmen zur Kooperation von der Vertraulichkeit der offenbarten Geschäftsgeheimnisse ab.
- Ebenso verhält es sich mit etwaigen 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, und ist die Vertraulichkeit der entsprechenden Anträge an die Wettbewerbsbehörden zu wahren.

Nach Auswertung der zahlreichen Stellungnahmen zum Grünbuch hat die Europäische Kommission ein Arbeitspapier als Grundlage für ein etwaiges Weißbuch betreffend private enforcement verfasst. Dieses wird derzeit intensiv in einem Dialog zwischen der Europäischen Kommission und den EU-Mitgliedsstaaten erörtert. Um die Auswirkungen des angestrebten Weißbuches besser abschätzen zu können, hat die Europäische Kommission eine diesbezügliche Studie in Auftrag gegeben. Ergebnisse derselben liegen noch nicht vor. Der Diskussionsprozess wird fortgeführt.

VII. Competition Advocacy

Die Bundeswettbewerbsbehörde wird mittlerweile in Begutachtungsverfahren häufiger als dies in der Vergangenheit der Fall war, eingebunden. Die Behörde prüft legislative Vorhaben auf ihre Übereinstimmung nicht nur mit dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht, sondern ganz allgemein auf ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb und gibt gegebenenfalls entsprechende Stellungnahmen ab.

Als Beispiel sei ein Begutachtungsentwurf des BMLFUW für den Rechtsrahmen von Sammel- und Verwertungssystemen genannt, der zwei Regelungen vorsah, die zur Verringerung von Wettbewerb geführt bzw eine massive Marktzutrittsschranke dargestellt hätten. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat sich daher gegen diese geplanten Bestimmungen ausgesprochen und ihre Bedenken sowohl in einer Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf als auch in einem persönlichen Gespräch mit Vertretern des BMLFUW dargelegt. Dies hat letztendlich dazu geführt, daß diese geplanten Bestimmungen nicht in die Novelle aufgenommen wurden. Eine der nun geplanten Regelungen konnte die BWB bereits bei der AWG-Novelle 2005 erfolgreich verhindern.

In Kooperation mit dem BMVIT nahm die BWB an einen Workshop zum Thema Flughafen-tarife teil, bei dem österreichische Flughäfen auf mögliche Konflikte mit dem Wettbewerbsrecht hingewiesen wurden.

Aber auch in anderen Bereichen, wie zum Beispiel hinsichtlich freier Berufe, setzt sich die Bundeswettbewerbsbehörde laufend für wettbewerbsrechtskonforme Lösungen ein.

So hat die Bundeskammer der **Architekten und Ingenieurkonsulenten** hat im Herbst 2006 den Beschluss gefasst, sämtliche unverbindliche Honorarleitlinien für Ziviltechnikerleistungen gem. § 33 Abs. 1 ZTK mit Wirksamkeit 31.12.2006 aufzuheben. Diesem Beschluss gingen langjährige - zum Teil sehr schwierige - Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden (BWB sowie Bundeskartellanwalt) und der Bundeskammer voraus. Bestätigt durch die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 14. April 2005 (25 Kt 304, 315, 510, 526/04) sowie des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht vom 20.

Dezember 2005 (16 Ok 45/05) forderten die Amtsparteien die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten im Sommer 2006 dazu auf, eine Änderung vorzunehmen.

Die Honorarleitlinien widersprachen sowohl der österreichischen Rechtsprechung als auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission. Sie waren geeignet, durch Angabe von konkreten Preisen den Preiswettbewerb zu beschränken.

Die (alten) Honorarleitlinien wurden vom im Herbst 2006 neu gewählten Kammertag mit Wirksamkeit 31.12.2006 widerrufen. Im Frühjahr 2007 wurden neue Kalkulationsrichtlinien für Architekten -und Ingenieurdienstleistungen vorgelegt, die derzeit von der Bundeswettbewerbsbehörde geprüft werden.

VIII. Branchenuntersuchungen

Endbericht Elektrizität²⁴

Ende November wurde der Endbericht der Branchenuntersuchung publiziert.

Wie im ersten und zweiten Zwischenbericht zur Branchenuntersuchung des österreichischen **Elektrizitätssektors** festgestellt wurde, ist der Wettbewerb um die Kunden nach wie vor schwach ausgeprägt. Die Gründe dafür sind vielschichtig und liegen insbesondere in der Marktdominanz der ehemals monopolistischen Versorger, die durch diverse Unternehmenszusammenschlüsse begünstigt wurde.

Die BWB und die E-Control haben daher Vorschläge für Maßnahmen zur Belebung des Wettbewerbs erarbeitet („Wettbewerbsbelebungspaket“), die primär durch eine Selbstbindung der Elektrizitätsunternehmen Verbindlichkeit erlangen sollten.

Die wesentlichen Inhalte des Pakets sind:

- 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 Neu-anmeldeunterlagen beigelegt werden. Bis Jahresende sollen es alle Energiekunden Österreichs postalisch erhalten.
- Der **Wechselprozess** wird beschleunigt und ab 1. Oktober 2006 von acht auf sechs Wochen verkürzt werden. Ab 1. Jänner 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.

²⁴ Volltext: www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2006/buend.htm

- 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.

Diese Vorschläge waren über einen längeren Zeitraum mit den Interessensverbänden der Elektrizitätsunternehmen diskutiert worden; leider konnte nur ein Teil der von Behördenseite gemachten Vorschläge die Zustimmung der Interessensverbände VEÖ und VÖEW finden. Diese Maßnahmen befinden sich derzeit im Stadium der Umsetzung durch die Unternehmen. Parallel zu den Verhandlungen mit den Interessensverbänden der Elektrizitätsunternehmen wurden Maßnahmen zur Belebung des Wettbewerbs auf gesetzlicher Basis erarbeitet: Das Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006 enthält u. a. Vorschriften, die mehr Transparenz gegenüber den Kunden bewirken sollen. Diese Maßnahmen treten zum Teil erst mit 1.1.2007 in Kraft, da ihre Umsetzung in die Praxis einer entsprechenden Vorlaufzeit bedarf.

Die Behörden müssen und werden das Ziel der Belebung des Wettbewerbs auf dem Elektrizitätsmarkt weiter verfolgen und bei der Überwachung der Einhaltung der von den Elektrizitätsunternehmen zugesagten Maßnahmen einen strengen, aber fairen Maßstab anlegen. Zu

einem späteren Zeitpunkt wird auch eine Evaluierung der Auswirkungen der Maßnahmen zu erfolgen haben.

Endbericht Gaswirtschaft²⁵

Der gleichfalls im Herbst publizierte Endbericht kam zum Ergebnis dass auch im Gasendkundenmarkt die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen insbesondere zwischen den mit Netzbetreibern verbundenen Lieferanten und unverbundenen Lieferanten wesentlich ist.

Einige Verbesserungen (z.B. Verpflichtung zum Ausweis des Energiepreises) sind bereits durch Veränderungen der Rechtsgrundlage und Überarbeitung der Marktregeln erzielt worden. Die Auswirkungen der Umsetzung dieser neuen Regelungen auf den Wettbewerb am Endkundenmarkt sind weiter im Rahmen der Tätigkeit der Regulierungsbehörden zu analysieren und zu prüfen, ob die bestehenden Regelungen ausreichen. Insbesondere der Wechselprozess enthält weitere Optimierungsmöglichkeiten.

Marktbeherrschende Unternehmen haben eine besondere Verantwortung, die Entwicklung des Wettbewerbs durch ihr Verhalten zu unterstützen. Diese Verantwortung wurde nochmals deutlich hervorgehoben.

BWB und E-Control gehen davon aus, dass die Maßnahmen, die im Wettbewerbsbelebungs paket Strom enthalten sind und noch nicht durch neue gesetzliche Regelungen abdeckt sind, z.B. Informationsblatt und Verhaltenskodex, auch im Gasmarkt umsetzbar sind, vor allem, da die betreffenden Unternehmen zum Teil identisch sind. BWB und E-Control werden daher mit den relevanten Marktteilnehmern Gespräche führen, welche spezifischen Maßnahmen im Gasbereich erforderlich sind.

Endbericht Lebensmitteleinzelhandel²⁶

²⁵ Vgl vorige Fußnote.

²⁶ Volltext: www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/leh_branchenuntersuchung_0607.htm

Über die allgemeine Untersuchung des Lebensmittelhandels, deren Auslöser Beschwerden über nachfragemachtbedingtes Marktverhalten waren, legte die BWB Mitte Juni einen abschließenden Bericht vor. Die im Rahmen der Branchenuntersuchung gewonnenen Auswertungsergebnisse werden eine äußerst wertvolle Grundlage für die Prüfung wettbewerbsrechtlich relevanter Vorgänge durch die BWB in Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 2 WettbG sein.

Die Durchführung der Branchenuntersuchung war geprägt von massiven Schwierigkeiten bei der Auskunftserlangung, die zu erheblichen Verzögerungen führten. Die BWB hat bei der Erstellung der Zusammenfassung ihrer Auswertung der Unternehmensauskünfte auf die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der befragten Unternehmen Rücksicht genommen.

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich zusammenfassen wie folgt:

Fest steht, dass der Lebensmittelhandel in Österreich einen - auch im gesamteuropäischen Vergleich - sehr hohen Konzentrationsgrad aufweist. Wettbewerbsdruck geht vorwiegend vom wachsenden Diskontheil aus, der traditionelle Lebensmittelhandel ist hochkonzentriert. Die Marktzutrittsschranken für potentielle Marktneueintritte sind als hoch einzustufen. Vor diesem Hintergrund wird jeder Vorgang, zu dessen Untersuchung und Bekämpfung die BWB unter Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 2 WettbG befugt ist, mit äußerster Sorgfalt zu prüfen sein.

Die Untersuchung der Marktverhältnisse auf verschiedenen Beschaffungsmärkten hat neben der oben erwähnten Marktkonzentration weitere deutliche Hinweise für das Bestehen von Nachfragemacht ergeben: Die hohe Abhängigkeit ist aufgrund der Marktverhältnisse evident, ein Ausweichen auf andere Absatzkanäle, wie etwa den Export, ist nicht ohne weiteres möglich. Der Verlust eines großen Abnehmers birgt die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Nachteile. Wenn starke Herstellermarken fehlen und die Angebotsseite wenig konzentriert ist, ist die Nachfragemacht des Handels jedenfalls nicht als gegengewichtige Nachfragemacht zu interpretieren.

Dieses Ergebnis variiert zwischen den einzelnen Beschaffungsmärkten, die schwerpunktmäßig untersucht wurden. Eine Reihe von Beschaffungsmärkten (insb. der Non-Food-Bereich) wurde nicht untersucht. Eine beschaffungsmarktspezifische Betrachtung ist im Rahmen der Beurteilung der Nachfragemacht unumgänglich. Je größer die Anzahl der Anbieter, je geringer die Ausweichmöglichkeiten und je geringer die Bedeutung von Marken bzw. je größer die

Bedeutung von Eigenmarken, desto stärker ist die Nachfragemacht des Handels einzuschätzen. - Im Rahmen der Untersuchung vermuteter oder drohender Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen sind auch die möglichen positiven Auswirkungen von Nachfragemacht, wie Effizienzgewinne, zu berücksichtigen, sofern sie sich positiv auf die Konsumentenwohlfaht auswirken. Demgegenüber steht die Untersuchung möglicher negativer Auswirkungen, wie insbesondere der Rückgang von Innovation und Produktvielfalt.

Die Untersuchung des Marktverhaltens hat gezeigt, dass die Lieferanten sämtlicher Beschaffungsmärkte mit den meisten ihrer Abnehmer im LEH einen „Dschungel“ unterschiedlicher Konditionen und Rabatte vereinbaren, bei deren Benennung der Phantasie kaum Grenzen gesetzt sind. Aus den Antworten auf die Auskunftsverlangen ergab sich - ebenso wie aus persönlichen Befragungen - dass es sich ungeachtet der unterschiedlichen Benennung oft um allgemeine Preiszugeständnisse handelt, deren Zulässigkeit im Rahmen der Angemessenheit des Einkaufspreises zu prüfen wäre. Dort wo aufgrund der Art der Leistung eine Gegenleistung geschuldet wird (z.B. bei Werbekostenzuschüssen) fehlt oft die explizite Vereinbarung über deren Art und Umfang.

Diese mangelnde Transparenz der Vereinbarungen (die eine Angemessenheitsprüfung schwierig machen), ist aus wettbewerblicher Sicht zu beanstanden, ebenso wie die rückwirkende Forderung von Leistungen, die sich negativ auf die Planungssicherheit (und somit Investitions- wie Innovationstätigkeit) des Unternehmens auswirken kann und für die eine sachliche Rechtfertigung regelmäßig schwer zu erbringen sein wird. Dies gilt auch für kurzfristige Änderungen von Vereinbarungsinhalten, die für einen gewissen Zeitraum getroffen wurden (z.B. anlässlich von „Jahresgesprächen“), vor Ablauf dieses Zeitraums.

Ob eine Vereinbarung bzw. Forderung einer Leistung im Einzelfall missbräuchlich ist, erfordert die Durchführung eines Ermittlungs- wie kartellgerichtlichen Missbrauchsverfahrens im Einzelfall. Die BWB wird selbstverständlich - wie sie es bereits in der Vergangenheit getan hat - jeder solchen substantiierten Vermutung nachgehen, kann dies jedoch nur bei entsprechender Kooperation und umfassender Information (einschließlich Preisdaten) durch das betroffene Unternehmen tun. Die BWB ist sich dessen bewusst, dass dieses Erfordernis im Hinblick auf die oben erwähnte wirtschaftliche Abhängigkeit äußerst schwierig ist. Dies ist zur Durchführung eines Verfahrens unter Wahrung der Parteienrechte aller Verfahrensbeteiligten jedoch unumgänglich.

Neben der Gefahr des Missbrauchs von Nachfragemacht gegenüber den Lieferanten besteht durch eine zunehmende Nachfragemacht auch die Gefahr der fortschreitenden Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit der übrigen Marktteilnehmer auf dem Handelsmärkten (LEH sowie Großhandel), die über keine vergleichbaren Größenvorteile (z.B. günstigere Einkaufskonditionen) verfügen. Außerdem wird dadurch der Neueintritt von Wettbewerbern behindert.

Die entscheidende Bedeutung des Wettbewerbs im Lebensmitteleinzelhandel zum Vorteil des Konsumenten und der Nahversorgung erfordert in der Zukunft weiterhin eine intensive Überwachung durch die Bundeswettbewerbsbehörde, insbesondere betreffend jene Beschaffungsmärkte, hinsichtlich derer Anzeichen für das Bestehen von signifikanter Nachfragemacht vorliegen.

IX. Internationales

ECN European Competition Network

Die Bundeswettbewerbsbehörde war bei den zahlreichen Sitzungen der verschiedenen Arbeitsgruppen im Rahmen des European Competition Network vertreten. Diese beschäftigten sich mit aktuellen Fragestellungen in bestimmten Branchen, aber auch mit allgemeinen Auslegungsfragen der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Wettbewerbsrechts. Insbesondere wurden im letzten Jahr best practices für (auch länderübergreifende) Branchenuntersuchungen, Auslegungsfragen für Informationsaustausch und Regelungen für die Zusammenarbeit bei Amtshilfeersuchen erarbeitet. Diese wichtige Arbeit in den Arbeitsgruppen soll eine gut funktionierende Kooperation zwischen den europäischen Wettbewerbsbehörden und somit die Bekämpfung von wettbewerbswidrigen Verhalten ermöglichen.

OECD Wettbewerbskomitee

Das Wettbewerbskomitee der OECD und seine Untergruppen (Working-Party 2 on Competition and Regulation and Working Party 3 on Cooperation and Enforcement) tagen drei Mal

jährlich im Hauptquartier in Paris. Österreich, das als ständiges Mitglied der OECD seit 1961 angehört, wird in diesem Gremium von der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) vertreten. Auch im Berichtszeitraum nahm die BWB stets an den Sitzungen teil. Die Themenbereiche sind vielfältig und werden in Abstimmung zwischen dem Sekretariat, welches aus Spezialisten des jeweiligen Fachbereiches besteht, und den Mitgliedsstaaten gewählt.

So fand im Juni 2007 ein Runder Tisch zum Thema "Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der Freien Berufe" statt. Diese Frage findet sich auf europäischer Ebene auch als Schwerpunkt in den Untersuchungen der Europäischen Kommission wieder und wird von der BWB seit Jahren im nationalen Bereich konsequent und Schritt für Schritt einer genauen Betrachtung unterzogen. Als wettbewerbsrechtlich bedenklich sind etwa Eintrittsbarrieren zur Berufsausübung, Honorarordnungen, Werbeverbote und das Verbot des Bildens von Berufsgemeinschaften zu sehen. An Runden Tischen dieser Art nehmen oftmals namhafte Vertreter aus der Praxis des jeweiligen Berufsstandes sowie der Lehre teil. Die entstehenden Diskussionen sind aufgrund der unterschiedlichen Erfahrungen der einzelnen Mitgliedstaaten sehr fördernd und bieten einen guten Überblick über die jeweilige Thematik.

Pro Jahr hat die BWB einen Jahresbericht zu erstellen, welcher publiziert wird. In regelmäßigen Abständen wird der Inhalt des Berichts auch im Wettbewerbskomitee präsentiert. Die Vertreter der Behörde stellen sich in Folge auch den oftmals kritischen Fragen der anderen Teilnehmer.

ACE - Association of Competition Economics

Die ACE ist eine Vereinigung von Wettbewerbsökonomen aus den verschiedensten Tätigkeitsbereichen: Nationalökonomen aus Wettbewerbsbehörden sind ebenso vertreten wie jene aus akademischer Wissenschaft und Beratungsunternehmen. Die jährliche Jahrestagung bot auch 2006 wieder die Möglichkeit, in einer Vielzahl spezialisierter Arbeitsgruppen sowohl Themen genereller Natur (z.B. Energieregulierung, Wettbewerb zw. Börsen) als auch einzelne Fälle (z.B. Tomra, Deutsche Telekom/VDSL) teilweise durchaus kontrovers zu diskutieren.. Gerade für Ökonomen aus Wettbewerbsbehörden bietet die Auseinandersetzung mit den Kollegen aus Wissenschaft und Consulting die Möglichkeit, ihre Auffassung wettbewerbsökonomischer Probleme zu schärfen.

Workshop

In Kooperation mit dem BMVIT als Oberste Zivilluftfahrtbehörde sowie Malta International Airport plc organisierte die BWB im Mai 2007 einen Workshop mit Vertretern österreichischer Flughäfen. Thema war die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Flughafentarifen sowie darauf gewährten Rabatten. Ziel des Workshops war es, Flughäfen auf potentielle Konflikte mit dem Wettbewerbsrecht aufmerksam machen. Die BWB stellte hierzu den allgemeinen Rahmen für eine solche Beurteilung dar und gab einen Überblick über diesbezügliche frühere Entscheidungen der Europäischen Kommission sowie eine rezente Entscheidung der lettischen Wettbewerbsbehörde. Die anschließende Diskussion war ebenso sehr fruchtbringend.

ICN - International Competition Network

Das ICN, eine Vereinigung von Wettbewerbsbehörden von ca. 80 (entwickelten und Entwicklungs-)Ländern wurde im Oktober 2001 gegründet. Ziel ist die Förderung von Konvergenz und Kooperation, die eine weltweit effiziente und effektive Umsetzung der Wettbewerbsregeln ermöglichen sowie unnötige oder doppelte Verfahrenslast vermeiden soll. Die Empfehlungen der ICN, die allerdings rechtlich unverbindlich bleiben, werden quasi ausschließlich in Telefonkonferenzen sowie über Internet erarbeitet und auf der jährlich stattfindenden Jahreskonferenz beschlossen. Darüber hinaus veranstaltet die ICN Workshops und bietet als spezialisiertes Netzwerk die Möglichkeit, praktische Rechtsdurchsetzungsfragen sowie wettbewerbspolitische Themen von allgemeinem Interesse zu diskutieren.

Die BWB ist seit Herbst 2002 Mitglied der ICN und nahm auch an der diesjährigen Jahreskonferenz im Mai d.J. teil. Trotz der stark beschränkten Ressourcen der BWB versucht sie, sich aktiv in die vielen verschiedenen Arbeitsgruppen einzubringen, um die Empfehlungen beeinflussen zu können sowie einen regen und fruchtbringenden Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen möglichst vielen Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen.