

Beschwerde an eine Amtspartei (§ 40) darf vom marktbeherrschenden Unternehmer nicht zum Anlass genommen werden, den durch den Missbrauch unmittelbar betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen.

Übersicht:

	Rz
I. Entstehungsgeschichte	1, 2
II. Zweck	3
III. Normadressat	4
IV. Anwendungsbereich	5, 6
A. Räumlich	5
B. Sachlich	6
V. Verhältnis zum EU-Recht	7–10
A. Materiell	7, 8
B. Räumlich	9, 10
VI. Einordnung	11
VII. Rechtsfolgen	12, 13

I. Entstehungsgeschichte

Die Bestimmung über das **Verbot von Vergeltungsmaßnahmen** in ihrer heutigen Form wurde im Grundsatz **durch das KartG 1988** – in dessen § 36 – **eingeführt** und in der Folge durch die KartG-Nov 1993 zum KartG 1988 novelliert. Laut EB 1988 wurde diese Bestimmung im Hinblick auf die gleich gelagerte Interessensituation in Anlehnung an § 3 NVG eingeführt. Auch das NVG 2005 enthält nach wie vor ein Verbot von Vergeltungsmaßnahmen.

Durch das **neue KartG 2005** ist die Bestimmung inhaltlich **unberührt geblieben**, sie wurde lediglich durch Einführung der dem KartG 2005 entsprechenden Verweise angepasst.

II. Zweck

Das im § 6 geregelte Verbot soll verhindern, dass sich der **3** Nachteil, den der von der beanstandeten Verhaltensweise betroffene Unternehmer ohnedies bereits erlitten hat, noch verstärkt, indem sein eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bezichtigter Handelspartner seine Geschäftsbeziehung zu ihm einstellt, um sich so für

die Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens bzw einer darauf gerichteten Beschwerde an eine Amtspartei gegen ihn zu rächen.

III. Normadressat

- 4 Normadressat des Verbots von Vergeltungsmaßnahmen ist der „**Unternehmer**“ und entspricht somit jenem des Marktbeherrschungs- und Missbrauchstatbestands. Was alles in diesem Sinne unter den Unternehmerbegriff zu subsumieren ist, wurde bereits in § 4 Rz 10 ausführlich beschrieben, weshalb darauf verwiesen wird.

IV. Anwendungsbereich

A. Räumlich

- 5 Der **räumliche Anwendungsbereich des Verbots von Vergeltungsmaßnahmen** bestimmt sich – wie schon der Anwendungsbereich des Marktbeherrschungstatbestands und jener des KartG überhaupt – nach § 24 Abs 2, wonach maßgeblich ist, dass sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in § 4 Rz 11 verwiesen.

B. Sachlich

- 6 Der **sachliche Anwendungsbereich des Verbots von Vergeltungsmaßnahmen** ist – wie ebenfalls das KartG 2005 insgesamt – durch bestimmte in § 24 Abs 3 angeführte Bereichsausnahmen beschränkt. Diese wurden schon iZm dem sachlichen Anwendungsbereich des Marktbeherrschungstatbestands beschrieben, weshalb diesbezüglich auf § 4 Rz 12 verwiesen wird.

V. Verhältnis zum EU-Recht

A. Materiell

- 7 Zum grundsätzlichen Verhältnis zwischen Art 102 AEUV und § 6 wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in § 5 Rz 11 verwiesen.
- 8 In concreto kennt **Art 102 AEUV kein ausdrückliches Verbot von Vergeltungsmaßnahmen**. Da es sich aber thematisch um einen

Fall der Diskriminierung bzw Lieferverweigerung handelt – s dazu gleich unten –, ist davon auszugehen, dass eine derartige Vergeltungsmaßnahme auch als Missbrauch gem Art 102 AEUV zu qualifizieren ist.

B. Räumlich

Wie schon in § 4 Rz 11 und 14 sowie in § 5 Rz 8 und 14 ausgeführt, ist für den Anwendungsbereich der nationalen Missbrauchsaufsicht – und daher auch des gegenständlichen Verbots von Vergeltungsmaßnahmen – Voraussetzung, dass sich **ein Sachverhalt auf den inländischen Markt** – ob nun auf den gesamten oder Teile des solchen – **auswirkt**. 9

Art 102 AEUV ist hingegen nur auf solche Verhaltensweisen anwendbar, die geeignet sind, den **Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen**. Diesbezüglich wird schon auf die entsprechenden Ausführungen in § 5 Rz 15 verwiesen. 10

VI. Einordnung

Wie schon oben ausgeführt ist das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen thematisch in den **Bereich der Diskriminierung bzw Lieferverweigerung** einzuordnen und findet sein entsprechendes Pendant – diesfalls allerdings nicht nur beschränkt auf marktbeherrschende Unternehmer – auch in § 3 NVG. 11

VII. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen decken sich mit denen bei einem Verstoß gegen § 5 (s § 5 Rz 112 ff). Der **Verstoß gegen das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen nach § 6** wird iZm der Exekution aufgrund kartellrechtlicher Beschlüsse und Vergleiche ergangener Entscheidungen in § 34 Abs 2 neben § 5 genannt und ist daher **wie ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot zu behandeln**. 12

Als Form des Diskriminierungsmissbrauchs bewirken Verstöße gegen § 6 in zivilrechtlicher Hinsicht ebenso wie solche gegen § 5 die **Nichtigkeit** der Vereinbarung oder der Vereinbarungbestandteile, mit denen das missbräuchliche Verhalten gesetzt wurde (vgl dazu § 5 Rz 113). 13

3. Abschnitt Zusammenschlüsse

Vor § 7

Übersicht:

	Rz
I. Zweck der Fusionskontrolle	1 – 3
II. Entstehungsgeschichte und Aufbau der Fusionskontrolle	4 – 21
A. Entwicklungsstufen der Fusionskontrolle bis zum KaWeRÄG 2012	4 – 13
B. Aufbau der aktuellen Fusionskontrolle	14 – 21
III. Abgrenzung der nationalen Fusionskontrolle zur nationalen Kartellaufsicht	22 – 36
A. Verhältnis zum Kartellverbot des § 1 KartG	23 – 34
1. Alleinige Kontrolle	28
2. Gemeinschaftsunternehmen	29
3. Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligung von zumindest 25%	30, 31
4. Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligung unter 25%	32 – 36
B. Verhältnis zum Missbrauchsverbot des § 5 KartG	35, 36
IV. Abgrenzung der nationalen Fusionskontrolle zum EU-Kartellrecht	37 – 51
A. Verhältnis zur FKVO	37 – 45
1. One-Stop-Shop-Prinzip	37, 38
2. Ausnahmen vom One-Stop-Shop-Prinzip	39 – 43
3. Verweisung an die Kommission	44, 45
B. Verhältnis zu Art 101 und 102 AEUV	46 – 51

I. Zweck der Fusionskontrolle

- 1** Sinn der Fusionskontrollbestimmungen ist es, wirtschaftliche Konzentrationsprozesse bereits im Entstehungsstadium zu kontrollieren und gegebenenfalls zu untersagen (Wessely, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 2). Nach der vom OGH in stRsp gewählten Umschreibung liegt die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle darin, *„präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer österreichischen Marktstruktur – mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren –*

zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht“ (OGH 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02; OGH 1. 7. 2002, 16 Ok 2/02; OGH 21. 12. 2001, 16 Ok 8/01; OGH 21. 1. 2008, 16 Ok 7/07 [Punkt 3.1] Barfuß/Wollmann/Tahedl, KartellR 111). „Es soll eine entsprechende Anzahl an potentiell mit einander konkurrierenden selbständigen Marktteilnehmern auf dem Markt erhalten bleiben“ (OGH 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02).

Die Fusionskontrolle dient allein der Sicherung des Wettbe- **2**
werbs und damit der Wahrung gesamtwirtschaftlicher Interessen. Sie begründet **keine subjektiven Rechte** zugunsten von Wettbewerbern oder Abnehmern der sich zusammenschließenden Unternehmen. Dies zeigt sich auch deutlich in § 10 Abs 4. Dritte Unternehmen, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch einen Zusammenschluss berührt werden, haben lediglich ein zeitlich befristetes Äußerungsrecht, jedoch keinen Anspruch auf eine bestimmte Behandlung ihrer Äußerung (vgl § 10 Rz 31).

Das Ziel der Fusionskontrolle, wettbewerbschädigende Kon- **3**
zentrationen durch externes Unternehmenswachstum zu verhindern, versucht das KartG durch Anwendung des sog **Marktbeherrschungstests** zu erreichen. Zusammenschlüsse, durch die eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, sind gem § 12 Abs 1 zu untersagen, sofern nicht eine der Ausnahmen des § 12 Abs 2 greift und auch keine geeigneten Beschränkungen oder Auflagen gem § 12 Abs 3 auferlegt werden können.

II. Entstehungsgeschichte und Aufbau der Fusionskontrolle

A. Entwicklungsstufen der Fusionskontrolle bis zum KaWeRÄG 2012

Die Einführung einer echten Fusionskontrolle ist bereits in **4**
den EB zum **KartG 1972** diskutiert worden: „Die Einführung einer Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen legt es nahe, auch an eine Kontrolle über das Entstehen solcher Unternehmen nachzudenken.“ Der Gesetzgeber begnügte sich 1972 jedoch mit einer bloß registermäßigen Erfassung von bestimmten Zusammenschlussvorgängen.

- 5 Unter Bezugnahme auf die seit 1972 gesammelten Erfahrungen und die Situation in anderen Staaten, die eine Fusionskontrolle damals bereits kannten, hat die Regierung in den EB zum **KartG 1988** ihre Pläne zu einer Fusionskontrolle verworfen. Es hatte sich die Meinung durchgesetzt, Österreich brauche keine Fusionskontrolle und es könne mit einer wirksamen Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen das Auslangen gefunden werden (vgl. EB 1988zu Abschnitt V.). Um die Amtsparteien und den damals noch bestehenden Paritätischen Ausschuss auf Konzentrationsvorgänge aufmerksam zu machen, behielt das KartG 1988 eine bloße Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse bei. Davon waren Zusammenschlüsse betroffen, bei denen die beteiligten Unternehmen einen inländischen Marktanteil von zumindest 5% erreichten. Ein Durchführungsverbot oder Untersagungsmöglichkeiten waren dem KartG 1988 in seiner ursprünglichen Fassung fremd.
- 6 Erst mit der **KartG-Nov 1993** wurde in Österreich eine Fusionskontrolle modernen Musters eingeführt: Neben den bloß anzeigepflichtigen Zusammenschlüssen bedurften Zusammenschlüsse, die bestimmte Umsatzschwellen überschritten, der **Anmeldung** beim KG und durften nicht vor der Ausstellung einer Freigabebestätigung durchgeführt werden (**Durchführungsverbot**). Prüfungsmaßstab war der – auch heute noch gültige – **Marktbeherrschungstest** (vgl. § 12). Gleichzeitig schuf die KartG-Nov 1993 Sonderregeln für Medienzusammenschlüsse, die heute noch weitgehend unverändert anwendbar sind.
- 7 Mit der **KartG-Nov 1999** ist dem KG die Möglichkeit eingeräumt worden, **von Amts wegen** (und nicht bloß auf Antrag der damaligen Amtsparteien) die vertiefte Prüfung eines angemeldeten Zusammenschlusses zu veranlassen. Materiellrechtlich ist die Anzeigepflicht von Zusammenschlüssen beseitigt worden, weil diese für die betroffenen Unternehmen einen unverhältnismäßigen Aufwand verursachte, dem praktisch kein Nutzen gegenüber stand. Für anmeldepflichtige Zusammenschlüsse sind die **Aufgriffsschwellen** hinsichtlich der Systematik (Berücksichtigung auch von Auslandsumsätzen der beteiligten Unternehmen sowie Einführung einer reinen Inlandsschwelle) und der Höhe revidiert worden.
- 8 Die **KartG-Nov 2002** und das gleichzeitig verabschiedete **WettbG** brachten einen völlig neuen institutionell-organisatori-

schen Rahmen, der sich va im Bereich der Fusionskontrolle in einem intensivierten Kartellrechtsvollzug niederschlug. Die bisherigen Amtsparteien, die Sozialpartner, wurden weitgehend entmachtet; Prüfungsanträge an das KG konnten nur mehr von den neuen Amtsparteien – **BWB** und **BKANw** – gestellt werden. Das KG blieb jedoch die zuständige Entscheidungsinstanz in allen Kartellrechtssangelegenheiten (inklusive der Fusionskontrolle). Das Kernstück der KartG-Nov 1999 – die Möglichkeit der **amtswegigen Verfahrenseinleitung** durch das KG – ist mit der KartG-Nov 2002 wieder **rückgängig gemacht** worden. Va die rechtsstaatlich bedenkliche Doppelrolle des KG als Ankläger und Richter sowie die Ressourcenknappheit am KG, die eine effektive Ermittlungstätigkeit nicht zuließ, waren dafür verantwortlich. Materiellrechtlich wurde „**der Abschluss vertraglicher Verpflichtungen durch Kreditinstitute** iSd § 30 Abs 2 a BWG“ als zusätzlicher Zusammenschlusstatbestand geschaffen (diese Bestimmung wurde jedoch mit dem KaWeRAG 2012 ersatzlos gestrichen, weil schon zuvor die BWG-Sonderbestimmungen für Kreditinstitutsgruppen aufgehoben worden waren). Eine weitere wesentliche Neuerung betraf die Möglichkeit des KG, einen freigegebenen (durchgeführten) Zusammenschluss mit **nachträglichen Maßnahmen** – bis hin zur Rückabwicklung – zu belegen, wenn die Freigabe durch unrichtige oder unvollständige Angaben „erschlichen“ oder einer Auflage zuwider gehandelt wurde. Erwähnenswert ist schließlich noch die **Entkriminalisierung** des Kartellrechts, die im Bereich der Fusionskontrolle dazu führte, dass die verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses „nur“ mehr zu Bußgeldern gegen die beteiligten Unternehmen, jedoch nicht mehr zu strafgerichtlichen Verurteilungen der handelnden Personen führen konnte.

Das **KartG 2005** hat im Bereich der Fusionskontrolle vier wesentliche Änderungen mit sich gebracht, je zwei materiell- und verfahrensrechtliche: Seit 1. 1. 2006 gilt die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (Vollfunktions-GU) als Zusammenschluss, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein konzentratives oder um ein **kooperatives Vollfunktions-GU** handelt. Vor dem 1. 1. 2006 waren nur konzentrativen Vollfunktions-GU von der Fusionskontrolle erfasst, während kooperative Vollfunktions-GU nach den Regeln über Kartelle zu beurteilen waren (vgl

dazu § 7). Nach der neuen Rechtslage besteht diesbezüglich nun wieder ein Gleichklang mit der europäischen Fusionskontrollverordnung (vgl Art 3 Abs 4 FKVO).

10 Im Zuge des KartG 2005 sind auch die **Aufgriffsschwellen** für die Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen angehoben worden. Während die weltweite Gesamtumsatzschwelle weiterhin € 300 Mio beträgt, liegt die Inlandsumsatzschwelle nun bei € 30 Mio (früher € 15 Mio) und die Bagatellschwelle bei € 5 Mio (früher € 2 Mio). Zusätzlich hat der Gesetzgeber auf zweifache Art versucht, die Judikatur des OGH zur mangelnden Anmeldebedürftigkeit aufgrund fehlender **Inlandsauswirkung** umzusetzen. Zum einen wurde in § 9 Abs 2 eine neue (ebenfalls auf Umsatzkriterien) basierende Ausnahmebestimmung aufgenommen, die ausweislich der Materialien darauf abzielt, Zusammenschlüsse aus der Fusionskontrolle herauszulösen, bei denen *„ein (einziges) großes österreichisches Unternehmen und ein oder mehrere kleine ausländische Unternehmen beteiligt sind“* (Pkt 3. der EB 2005). Zum anderen wurde in § 24 Abs 2 das „Wirkungsprinzip“ nun ausdrücklich auch auf die Fusionskontrolle erstreckt, sodass die verbleibenden Fälle mangelnder Inlandsauswirkung (dh jene, die durch die neue Ausnahmeregelung des § 9 Abs 2 nicht erfasst werden) über diese Bestimmung gelöst werden können.

11 Für die Praxis von besonderer Relevanz war die Änderung, dass **Zusammenschlussanmeldungen** seit 1. 1. 2006 nicht mehr beim KG sondern direkt **bei der BWB einzubringen** sind. Diese hat die Anmeldung sogleich an den BKANw weiterzuleiten. Der Ablauf der vierwöchigen Prüfungsfrist, die mit Überreichung einer (entsprechend vergebürhten) Anmeldung an die BWB beginnt, kann für die Zusammenschlusswerber nun exakt berechnet werden und ist nicht mehr von der Weiterleitung der Anmeldung durch das KG an die BWB und der Dauer des Postlaufs abhängig.

12 Im kartellgerichtlichen **Prüfungsverfahren** infolge eines Prüfungsantrags einer Amtspartei gilt für das KG seit dem KartG 2005 eine Entscheidungsfrist von **fünf Monaten**, gerechnet ab dem Einlangen des (ersten) Prüfungsantrags beim KG. Nach der bis dahin gültigen Rechtslage musste das KG zwar ebenfalls binnen fünf Monaten entscheiden, jedoch wurde die Frist bereits mit dem Einlangen der Anmeldung in Gang gesetzt. Bei Zusammenschlüssen, die

in einer vertieften Prüfung untersucht werden, hat sich die mögliche Verfahrensdauer von der Anmeldung bis zur endgültigen Entscheidung des KG daher idR um die vierwöchige Prüfungsfrist der Amtsparteien verlängert und beträgt insgesamt knapp sechs Monate (vierwöchige Prüfungsfrist der Amtsparteien, die idR voll ausgeschöpft wird, plus fünfmonatige Entscheidungsfrist des KG).

Mit dem KaWeRÄG 2012 haben sich in Bezug auf die Fusionskontrolle kaum nennenswerte Änderungen ergeben. Im Bereich der Fusionskontrolle wurde mit dem KaWeRÄG 2012 – einem Bedürfnis der Praxis entsprechend – ein „Stop-the-Clock-Verfahren“ eingeführt: Zukünftig ist es möglich, die vierwöchige Prüfungsfrist in der Phase I eines Zusammenschlussverfahrens um zwei Wochen (vgl § 11 Abs 1a Rz 6f) und die fünfmonatige Prüfungsfrist in der Phase II um einen Monat (vgl § 14 Abs 1) zu verlängern. In beiden Fällen setzt dies einen Antrag der Anmelder voraus (die Fristverlängerung kann also nicht einfach von den Amtsparteien oder dem KG „verfügt“ werden). Die mit dem KaWeRÄG 2012 iS einer erhöhten Transparenz eingeführte verpflichtende Entscheidungsveröffentlichung in der Ediktsdatei (§ 37) betrifft auch Zusammenschlüsse (inklusive Entscheidungen über verbotene Durchführungen iSv § 17 oder über nachträgliche Maßnahmen iSv § 16).

B. Aufbau der aktuellen Fusionskontrolle

Die Bestimmungen über Zusammenschlüsse finden sich im KartG in den §§ 7 bis 19. Der Aufbau des Gesetzes folgt einer klaren Logik: Die §§ 7 bis 9 und § 19 regeln den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle. In den §§ 10 bis 18 folgen das Verfahren sowie die materiellen Prüfungskriterien.

In § 7 sind die Ereignisse umschrieben, die als **Zusammenschluss** iSd KartG gelten; bspw der Erwerb eines Unternehmens oder eines wesentlichen Unternehmensteils, eines Beteiligungsgrads an einem anderen Unternehmen von zumindest 25%, oder die Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsmitglieder bei zwei oder mehreren Unternehmen. § 8 definiert den Sonderfall des **Medienzusammenschlusses**. Darunter versteht das KartG im Wesentlichen einen Zusammenschluss, an dem zumindest zwei der beteiligten

Unternehmen a) Medienunternehmen oder Mediendienste, b) Medienhilfsunternehmen oder c) Unternehmen sind, die an einem Medienunternehmen, Mediendienst oder Medienhilfsunternehmen mit zumindest 25% beteiligt sind.

16 § 9 regelt, unter welchen Voraussetzungen (Medien-)Zusammenschlüsse bei der BWB „anmeldebedürftig“ sind. Dazu stellt das Gesetz auf das Überschreiten bestimmter **Umsatzschwellen** ab.

17 Die **inhaltlichen Anforderungen** an Zusammenschlussanmeldungen sind in § 10 Abs 1 vorgegeben. Von der Ermächtigung des § 10 Abs 2, wonach eine nähere Ausgestaltung über Form und Inhalt von Zusammenschlussanmeldungen durch VO erfolgen kann, hat der Justizminister bislang nicht Gebrauch gemacht. Dafür hat die BWB ein **Formblatt** über die Anmeldung von Zusammenschlüssen auf ihrer Homepage veröffentlicht, das zwar nicht rechtsverbindlich ist, jedoch breite praktische Akzeptanz gefunden hat.

18 Die routinemäßige Bearbeitung einer Anmeldung durch die BWB, insb die Weiterleitung an den BKANw sowie die öffentliche Bekanntmachung des Zusammenschlusses, um betroffenen Dritten eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen, ist in § 10 Abs 3 und 4 geregelt. Innerhalb von vier Wochen nach dem Einlangen einer (ordnungsgemäß vergewährten) Anmeldung kann die BWB einen **Prüfungsantrag** an das KG stellen. Dieser eröffnet das kartellgerichtliche Prüfungsverfahren. Details zum Prüfungsantrag und der Möglichkeit eines vorzeitigen **Prüfungsverzichts** durch die Amtsparteien vor Ablauf der Vierwochenfrist sind in § 11 geregelt.

19 Der **materiellrechtliche Prüfungsmaßstab** für Zusammenschlüsse findet sich in den §§ 12 und 13. Vorrangig ist der Marktbeherrschungstest durchzuführen, allenfalls das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen und die Möglichkeit einer Freigabe (nur) mit Beschränkungen und/oder Auflagen zu prüfen. Bei Medienzusammenschlüssen begründet – neben der Marktbeherrschung – auch die Beeinträchtigung der Medienvielfalt einen Untersagungsgrund.

20 Den **Entscheidungsfristen** für das KG und das KOG in § 14 sowie der Verpflichtung der BWB zur Veröffentlichung von Beschränkungs- oder Auflagenentscheidungen gem § 15 folgt in § 16 die Regelung über **nachträgliche Maßnahmen**, die vom KG auf Antrag einem Unternehmen auferlegt werden können, das eine Freigabeentscheidung durch unrichtige oder unvollständige Anga-