

ganz überwiegend oder sogar ausschließlich auf einen einzelnen Mitgliedstaat beziehen, dennoch unter Art 101 oder 102 AEUV fallen können.²

Gleichzeitig und parallel dazu sind Vorschriften des jeweiligen nationalen Kartellrechts typischerweise auf Sachverhalte anwendbar, die sich auf den jeweiligen inländischen Markt auswirken (vgl § 24 Abs 2 KartG). Dies bedeutet, dass auf ein und denselben Sachverhalt sowohl EU-Wettbewerbsrecht als auch österreichisches Kartellrecht anzuwenden sein können, soweit die jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen vorliegen.³ Die kumulative Anwendung beider Rechtsordnungen erfordert grundsätzlich die Lösung von Normenkonflikten, soweit diese Anwendung zu widersprüchlichen Ergebnissen führen würde. Auch wenn die materiellen Vorschriften des österreichischen Kartellrechts dem EU-Wettbewerbsrecht weitgehend angeglichen sind, kann die Anwendung im Einzelfall dennoch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen (s IV. unten).

II. Regelung nach EU-Wettbewerbsrecht

Für die Lösung der oben genannten Normenkonflikte ist grundsätzlich vom allgemeinen Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht auszugehen.⁴ Die VO 1/2003 hat die wesentlichen denkbaren Anwendungskonflikte ausdrücklich geregelt.⁵ Gem Art 3 VO 1/2003 („Verhältnis zwischen den Artikeln 81 und 82 des Vertrags [nunmehr Artikel 101 und 102 AEUV] und dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht“) gilt Folgendes:⁶

- Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und einzelstaatliche Gerichte, die das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Art 101 AEUV anwenden, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Bestimmung beeinträchtigen können, haben auch Art 101 AEUV anzuwenden; ebenso haben sie dann, wenn sie einzelstaatliches Wettbewerbsrecht auf nach Art 102 AEUV verbotene Missbräuche anwenden, auch Art 102 AEUV anzuwenden (Art 3 Abs 1 VO 1/2003).

2 S Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004 C 101 S 81 mwN; *Ebner*, Leitlinie über Handelsbeeinträchtigungen, ecolex 2004, 459. Vgl auch OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 12/06 – Haftungsverbund Sparkassen (ÖBA 2007, 644); OGH als KOG 8.10.2015, 16 Ok 2/15b – Spar (mwN).

3 AA *Gruber*, Parallel Anwendung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht, ÖZK 2018, 60.

4 EuGH 13.2.1969, Rs 14/68, Walt Wilhelm/Bundeskartellamt, Slg 1969, 1.

5 Dies betrifft die Anwendung von Art 101 und 102 AEUV; zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der EU-rechtlichen Regeln einerseits und nationalen Regeln andererseits im Bereich der Zusammenschlusskontrolle s unten, Teil 8.II.C.

6 S im Detail auch *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich, Rn 27 ff.

bewerbsökonomischen Aspekten würde den Rahmen dieses Kapitels sprengen. Diesbezüglich ist auf weiterführende ökonomische Fachliteratur zu verweisen.⁷ Soweit ökonomische Konzepte für die Auslegung von Tatbeständen bzw Bestimmungen des KartG relevant sind, werden sie in den nachfolgenden Teilen jeweils bei der betreffenden Bestimmung dargestellt.

II. Konkrete Bedeutung ökonomischer Aspekte

A. EU-Wettbewerbsrecht

Inhaltlich hat sich der „more economic approach“ auf Ebene des EU-Wettbewerbsrechts in mehreren Bereichen niedergeschlagen, so zB:

- Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁸ geben Auskunft, auf welche Weise Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern ua hinsichtlich Marktanteilen und Konzentrationsgrad empirisch zu prüfen sind (um den Konzentrationsgrad eines Marktes zu ermitteln, wendet die Kommission zB den Herfindahl-Hirschman-Index [HHI] an). In den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse⁹ werden von der Kommission die Wettbewerbsaspekte aufgezeigt, die erheblich sind, wenn die betreffenden Unternehmen in unterschiedlichen relevanten Märkten tätig sind.
- Auch die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag [nunmehr Art 101 Abs 3 AEUV]¹⁰ gehen umfangreich auf die konkrete Vorgangsweise bei der ökonomischen Bewertung von Vereinbarungen ein, die grundsätzlich gegen Art 101 Abs 1 AEUV verstößen, jedoch allenfalls gem Art 101 Abs 3 AEUV gerechtfertigt sind.¹¹ Damit wird der erstmals in den Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen aus dem Jahr 2000¹² entwickelte „economic approach“ bei der Anwendung von Art 101 AEUV weitergeführt.

7 ZB *Van den Bergh*, Comparative Competition Law and Economics (2017); *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers² (2016); *Hildebrand*, The Role of Economic Analysis in EU Competition Law: The European School⁴ (2016); *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU² (2013); *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU Competition Law and Economics (2012); *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie² (2011); *Bishop/Walker*, The Economics of Competition Law: Concepts, Application and Measurement³ (2010); *Decker*, Economics and the Enforcement of European Competition Law (2009); *Kniefs*, Wettbewerbsökonomie³ (2008); *Motta*, Competition Policy: Theory and Practice (2004).

8 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 C 31 S 5.

9 Leitlinien der Kommission zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2008 C 265 S 7.

10 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl 2004 C 101 S 97.

11 S im Detail *Kjolbye*, The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81, E.C.L.R. 2004, 566.

12 Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl 2000 C 291 S 1.

Im Urteil des EuGH iS *Post Danmark II* (2015) ging es primär um die Fragestellung, ob das von Post Danmark in den Jahren 2007 und 2008 auf als Massenbriefe verteilte Direktwerbesendungen angewandte System rückwirkender Rabatte missbräuchlich ist.¹⁰⁶ Dabei wurden drei Kategorien von Rabatten unterschieden: (1) Mengenrabatte, (2) Treuerabatte bzw Ausschließlichkeitsrabatte sowie (3) Rabatte der dritten Kategorie, bei denen ein finanzieller Anreiz zwar nicht unmittelbar an die Bedingung eines ausschließlichen oder nahezu ausschließlichen Bezugs beim Marktbeherrschenden geknüpft ist, der Mechanismus der Gewährung des Rabatts aber auch Kundenbindungswirkung hat (bei diesen Rabatten der dritten Kategorie sind sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, zu berücksichtigen). Der EuGH stufte das Rabattsystem von Post Danmark als eines der dritten Kategorie ein. Entscheidend war dabei, dass die Rabatte nicht für jede einzelne Bestellung entsprechend den von Post Danmark erzielten Kosteneinsparungen gewährt wurden (kein reiner Mengenrabatt), sondern vielmehr von der Bedingung abhängig waren, dass der Kunde bei Post Danmark in einem bestimmten Zeitraum eine bestimmte (standardisierte) Menge bezieht. Auch war das Rabattsystem nicht mit der Zusage der Abnehmer verbunden, ihren Gesamtbedarf (oder einen wesentlichen Teil ihres Bedarfs) bei Post Danmark zu decken (kein Treuerabatt). Die nationalen Gerichte haben – laut EuGH – bei der Beurteilung von Rabattsystemen der dritten Kategorie nach Art 102 AEUV die Wahl zwischen der Anwendung quantitativer Kriterien (wie etwa der „AEC-Test“ – „as efficient competitor test“ – bzw Test des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers) und der Anwendung qualitativer Kriterien (wie etwa Modalitäten der Rabattgewährung).

Eine Neuorientierung bei der Beurteilung der Rabattpolitik von marktbeherrschenden Unternehmen erfolgte zuletzt im Jahr 2017 durch den EuGH iS *Intel*¹⁰⁷. Die Europäische Kommission hat 2009 gegen *Intel* eine Geldbuße von EUR 1,06 Mrd verhängt, da *Intel* als Marktbeherrschender mit einem Marktanteil von mindestens 70 % auf dem weltweiten Markt für bestimmte Prozessoren den Computerherstellern verdeckte Rabatte gewährte, wenn sie alle bzw nahezu alle ihre CPUs mit x86-Architektur von *Intel* bezogen. Die Preispolitik von *Intel* bestand darin, dass ein Computerhersteller, der beschloss, für den dem Wettbewerb unterliegenden Teil seines Bedarfs an CPUs von *AMD* zu erwerben, den Rabatt (bzw einen großen Teil seines Rabatts) verlor, den *Intel* für den weitaus größeren Teil seines Bedarfs gewährte, den der Computerhersteller notgedrungen nur bei *Intel* decken konnte. Wenn ein Computerhersteller nicht praktisch seinen gesamten Bedarf an CPUs mit x86-Architektur bei *Intel* deckte, entging ihm ein erheb-

106 EuGH 6.10.2015, Rs C-23/14, *Post Danmark II*, EU:C:2015:651; vgl dazu *Innerhofer/Raab*, EuGH: „*Post Danmark II*“ – Rabattsysteme von Marktbeherrschern bleiben ein Balanceakt, ÖZK 2015, 213; *Weiss/Solek*, Rabattsysteme dritter Kategorie nach *Post Danmark II*, ecolex 2016, 230.

107 EuGH 6.9.2017, Rs C-413/14P, *Intel*, EU:C:2017:632 (ecolex 2017, 1183 mit Glosse von *Weiss/Solek*).

licher Rabatt auf seine gesamten und sehr umfangreichen Einkäufe bei Intel.¹⁰⁸ Das EuG hat diese Entscheidung bestätigt und dabei die von Intel gewährten Rabatte der zweiten Kategorie zugeordnet.¹⁰⁹

Der EuGH hat in der Folge die Entscheidung des EuG wegen der unterbliebenen Prüfung der Frage, ob die streitigen Rabatte geeignet waren, den Wettbewerb zu beschränken, aufgehoben und die Rechtssache zur weiteren Prüfung an das Gericht zurückverwiesen. Laut EuGH kann Leistungswettbewerb definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig sind, vom Markt verschwinden. Im Urteil *Intel* konkretisiert der EuGH nunmehr, dass das marktbeherrschende Unternehmen die fehlende Eignung eines Treuerabatts zur Beschränkung des Wettbewerbs geltend machen kann. Wenn das betroffene Unternehmen substantiiert vorbringt, sein Verhalten sei nicht geeignet gewesen, eine verpönte Verdrängungswirkung zu entfalten, muss die Kommission folgende Faktoren prüfen:

- das Ausmaß der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem maßgeblichen Markt,
- den Umfang der Markterfassung der beanstandeten Praxis (iSv Spürbarkeits erwägungen),
- die Modalitäten, die Dauer und die Höhe der Rabatte sowie
- die Verdrängung (und eine darauf gerichtete Strategie) von mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerbern – hier unter Anwendung des AEC-Tests.¹¹⁰

3. Sonstige missbräuchliche Konditionen

Ein „Konditionenmissbrauch“ kann gegeben sein, wenn den Vertragspartnern Verpflichtungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung eines an sich legitimen Ziels entbehrlich sind und die Freiheit des Vertragspartners unbillig beschränken würden. Dies können unangemessen lange Vertragsdauern oder grob benachteiligende Zahlungsbedingungen ebenso sein wie unbillige Gefahrtragungsregeln für den Transport oder der Ausschluss von Gewährleistung in einer Weise, die bei funktionierendem Wettbewerb undenkbar wäre. Die Zulässigkeitsgrenze ist für Marktbeherrschter strenger zu ziehen als für sonstige Anbieter/Nachfrager nach allgemeinem Zivilrecht (Sittenwidrigkeit), weil dem Vertragspartner wegen der

108 Vgl Pressemitteilung der Kommission IP/09/745 vom 13.5.2009; Volltext der Entscheidung http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf. S dazu *Hödlmayr/Scholz*, Die Entscheidung der Kommission im Fall Intel, ÖZK 2010, 32.

109 EuG 12.6.2014, Rs T-286/09, EU:T:2014:547; *Goffinet/Siniscalco*, The judgments of the Court of Justice in the Intel case: is the „as-efficient competitor“ test for exclusivity rebates back? ÖZK 2018, 159; *Goffinet*, The judgments of the General Court in the Intel case and of the Court of Justice in the Post Dan-mark II case: more clarity on the legal standard? ÖZK 2016, 123.

110 Vgl dazu *Ondrejka*, Gewährung von Rabatten nach dem EuGH-Urteil *Intel*, RdW 2018, 13; *Neumayr*, Rabatte im (Unions-) Kartellrecht, ÖBl 2018, 11; sowie *Pauer*, Die Entscheidung des EuGHs in der Rs Intel – Klarheit für grenzüberschreitende Rabatte? ÖZK 2017, 219; *Innerhofer*, Intel C-413/14P – Der lange Arm des EU-Wettbewerbsrechts? ÖZK 2017, 227; *Weiss/Solek*, Intel – Treuerabatte nicht per se verboten, ecolex 2017, 1183.

Bei Vorliegen eines nach der EU-Fusionskontrollverordnung bei der Kommission anmeldepflichtigen Zusammenschlusses fällt die Anmeldepflicht bei der BWB weg (außer bei Medienzusammenschlüssen), vgl dazu unten II.C.1.

Ein Zusammenschluss bedarf gem § 9 Abs 1 KartG der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte der EU-FKVO nicht erreichen, aber im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten (wobei alle drei Schwellenwerte kumulativ erfüllt sein müssen⁵⁹):

- weltweit insgesamt mehr als EUR 300 Mio,
- im Inland insgesamt mehr als EUR 30 Mio und
- mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als EUR fünf Mio.

Nach § 9 Abs 2 KartG sind von § 9 Abs 1 KartG Zusammenschlüsse ausgenommen, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

- nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als EUR 5 Mio und
- die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als EUR 30 Mio.⁶⁰

Durch das KaWeRÄG 2017 wurde in § 9 Abs 4 ein zusätzlicher Schwellenwert eingeführt. Zusammenschlüsse, bei denen die oben genannten Umsatzschwellen des § 9 Abs 1 nicht erreicht werden, bedürfen trotzdem der Anmeldung bei der BWB, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss Umsatzerlöse von (i) weltweit insgesamt mehr als EUR 300 Mio und (ii) im Inland Umsatzerlöse von insgesamt mehr als EUR 15 Mio,
- der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss beträgt mehr als EUR 200 Mio und
- das zu erwerbende Unternehmen ist in erheblichem Umfang im Inland tätig.

Im Juli 2018 veröffentlichte die BWB zusammen mit dem deutschen Bundeskartellamt den Leitfaden „Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von

59 Es besteht schon nach dem Wortlaut kein Zweifel, dass alle drei in § 9 Abs 1 KartG genannten Schwellenwerte überschritten sein müssen, damit eine Anmeldepflicht besteht; die von Wagner, Umsatzschwellen für Zusammenschlussanmeldungen „und“ oder „oder“? RdW 2007, 527, diesbezüglich geforderte Klarstellung durch den Gesetzgeber ist somit entbehrlich.

60 Gemäß § 18 Abs 1 KartG kann die Bundesministerin für Justiz nach Anhörung der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend durch Verordnung anordnen, dass bei der Anwendung des § 9 Abs 1 und 2 die Umsatzerlöse, die auf einem bestimmten Markt (§ 23 KartG) erzielt werden, mit einem bestimmten Faktor zu multiplizieren sind. Eine solche Verordnung wurde allerdings bis dato noch nicht erlassen. Bei Medienzusammenschlüssen gelten Umsatz-Multiplikatoren schon qua Gesetz (s II.B.3.b. unten).

a) Zusammenschlusstatbestand

Die Zusammenschlusstatbestände der EU-FKVO finden sich in Art 3 EU-FKVO. Erfasst werden sowohl Fusionen zwischen zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen als auch der Erwerb unmittelbarer oder mittelbarer Kontrolle über ein oder mehrere Unternehmen (oder Teile davon).

Auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog Vollfunktions-GU), stellt einen Zusammenschluss dar. Im Fall *Austria Asphalt* hat der EuGH 2017 aufgrund einer Vorlage des OGH als KOG⁹³ in einem Vorabentscheidungsverfahren zur EU-FKVO entschieden, dass der Erwerb gemeinsamer Kontrolle an einem bereits bestehenden Unternehmen nur dann in den Anwendungsbereich der EU-FKVO fällt, wenn das daraus entstehende Gemeinschaftsunternehmen vollfunktionsfähig ist.⁹⁴

Im Unterschied zum KartG wird aber der Erwerb einer bloßen Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollerwerb von der EU-FKVO nicht erfasst. Ein solcher Erwerb ist – selbst wenn er die Umsatzschwellenwerte der EU-FKVO erreichen würde – nur nach dem KartG (und allenfalls den Fusionskontrollregeln anderer Jurisdiktionen, zB den in Deutschland geltenden) anmeldpflichtig.⁹⁵

b) Umsatzschwellenwerte

Zusammenschlüsse von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ bedürfen einer Anmeldung bei der Europäischen Kommission nach der EU-FKVO. Die unionsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses wird anhand der Überschreitung bestimmter Umsatzschwellenwerte beurteilt. Diese liegt nach Art 1 EU-FKVO vor, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

93 OGH als KOG 31.3.2016, 16 Ok 1/16g – *Austria Asphalt*.

94 EuGH 7.7.2017, C-248/16, *Austria Asphalt*, EU:C:2017:643 (ÖBl 2018, 35 mit Glosse von *Hoffer*; GesRZ 2017, 409 mit Glosse von *Zehetner*); s dazu *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, *Austria Asphalt: Eine richtungweisende Entscheidung zur EU Fusionskontrolle*, ecolex 2017, 1087. Dies führt dazu, dass Erwerbe gemeinsamer Kontrolle an bestehenden Unternehmen ohne Vollfunktion selbst dann in Österreich anzumelden sind, wenn die Umsatzschwellenwerte der EU-FKVO überschritten werden.

95 Die Kommission hat allerdings bereits im Juni 2013 eine öffentliche Konsultation zu möglichen Verbesserungen der EU-FKVO eingeleitet, bei der auch die Erfassung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen zur Diskussion gestellt wurde, s Commission staff working document, *Towards more effective EU merger control*, SWD(2013) 239 final. Am 9.7.2014 hat die Kommission das Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ (*Towards more effective EU merger control*), COM(2014) 449 final, veröffentlicht und im Oktober 2016 eine weitere öffentliche Konsultation „Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control“ eingeleitet. Konkrete Gesetzgebungsschritte sind bis dato allerdings noch nicht erfolgt. Vgl in diesem Zusammenhang auch *Koppensfels/Paulus*, *Eine neue Reform der EU-Fusionskontrollverordnung?* ÖZK 2016, 21; *Weiss/Bock*, *Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen: Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu möglichen Reformen der EU-Fusionskontrolle*, ÖZK 2015, 11; *Kühnert/Xeniadis*, *Die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen*, ÖZK 2011, 123.

- (a) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als EUR 5 Mrd und
- (b) ein unionsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als EUR 250 Mio,
- (c) sofern nicht die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen;

oder wenn

- (a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als EUR 2,5 Mrd beträgt,
- (b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils EUR 100 Mio übersteigt,
- (c) in jedem von mindestens drei von lit (b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als EUR 25 Mio beträgt und
- (d) der unionsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils EUR 100 Mio übersteigt,
- (e) sofern nicht die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Auch wenn ein Zusammenschluss diese Umsatzschwellenwerte erreicht, kann er in bestimmten Fällen nach der Anmeldung bei der Europäischen Kommission in seiner Gesamtheit oder hinsichtlich eines Teils von der Kommission an die zuständigen nationalen Behörden eines Mitgliedstaats (oder mehrerer Mitgliedstaaten für die jeweils relevanten Teile) verwiesen werden (Art 9 EU-FKVO).⁹⁶ Umgekehrt ist auch eine Verweisung durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten an die Kommission möglich (Art 22 EU-FKVO). Diese Verweisungsrisiken sind bei der zeitlichen Planung einer Transaktion möglichst zu berücksichtigen.

Auch können die beteiligten Unternehmen in einem Antrag an die Europäische Kommission vor Anmeldung mitteilen, dass ein Zusammenschluss von unionsweiter Bedeutung den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaates, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen könnte und deshalb ganz oder teilweise von diesem Mitgliedstaat geprüft werden sollte (Art 4 Abs 4 EU-FKVO). Umgekehrt können die Anmelder im Fall eines Zusammenschlusses ohne unionsweite Bedeutung, der nach dem Wettbewerbsrecht von mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, bei der

⁹⁶ Im Mai 2012 hat die BWB im Fall *Hutchison/Orange* (COMP/M.6497) erstmals die Verweisung eines bei der Kommission angemeldeten Zusammenschlusses an die BWB gem Art 9 EU-FKVO beantragt; die Kommission hat den Fall jedoch nicht verwiesen; vgl Tätigkeitsbericht der BWB 2012, 21, abrufbar unter www.bwb.gv.at.

Zur Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt es meist, wenn sich zwei im selben Markt tätige Wettbewerber zusammenschließen, die über hohe Marktanteile verfügen. Insbesondere wenn die zusammengeschlossene Einheit die Marktanteilsschwellen des § 4 Abs 2 oder Abs 2a KartG erreicht, ab denen das Vorliegen einer – allenfalls gemeinsamen – marktbeherrschenden Stellung (widerlegbar) vermutet wird, ist idR damit zu rechnen, dass die Amtsparteien das Zusammenschlussvorhaben einer sehr genauen Prüfung unterziehen.¹⁰⁹

Die auch schon vor dem KaWeRÄG 2012 von der Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG erfasste Einzelmarktbeherrschung betrifft primär unilaterale (nicht koordinierte) Effekte von Zusammenschlüssen. Dabei werden insbesondere strukturelle Faktoren – wie Marktanteile, Eintrittsbarrieren – untersucht und gefragt, ob sich die zusammengeschlossene Einheit in nennenswertem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern verhalten kann (diesfalls wäre zB eine Preiserhöhung unabhängig von der Reaktion der Wettbewerber profitabel). Mit der gemeinsamen Marktbeherrschung haben bei der inhaltlichen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens auch sog. „koordinierte Effekte“ mehr Relevanz erlangt – dh Parallelverhalten mehrerer Wettbewerber bei oligopolistischer Marktstruktur (hier wird eine Preiserhöhung der zusammengeschlossenen Einheit erst dadurch profitabel, dass ein „Mitziehen“ der Wettbewerber zu erwarten ist).

Praxistipp

Nützliche Hinweise zur Beurteilung von Zusammenschlüssen zwischen Wettbewerbern finden sich in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl 2004 C 31 S 5. Insb die dort näher erläuterte Maßgröße für den Konzentrationsgrad eines Marktes, der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI), liefert einschlägige Hinweise für die Auswirkungen eines horizontalen Zusammenschlusses. Beachte jedoch, dass die Untersagungskriterien der EU-FKVO nicht völlig ident mit denen des KartG sind (s unten c).

Aber auch vertikale Zusammenschlüsse – beispielsweise wenn ein Produzent seinen bisher selbständig tätigen Vertriebshändler erwirbt – können zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, da der Erwerber dadurch einen besseren Zugang zu den Absatzmärkten erlangt (umgekehrt erlangt ein Produzent oder Händler, der das Unternehmen seines Lieferanten erwirbt, einen besseren Zugang zu den Beschaffungsmärkten).¹¹⁰

109 Vgl etwa *Fischer*, KG: Nichtuntersagung des Zusammenschlusses Porsche/Autohaus Stipschitz, OZK 2007, 12. Zwar sind sehr hohe gemeinsame Marktanteile der beteiligten Unternehmen ein wichtiger Faktor bei der inhaltlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses, können aber durch andere Faktoren wie Nachfragemacht und Wettbewerbsnähe zwischen den beteiligten Unternehmen („closeness of competition“) überlagert bzw. ausgeglichen werden; s Entscheidung der Kommission 18.4.2013, COMP/M.6843 – Siemens/Invensys Rail.

110 Vgl hinsichtlich einer vertikalen Problematik zB den Zusammenschluss AUA/Airest, Tätigkeitsbericht der BWB vom 1.5.2004 bis 30.6.2005, https://www.bwb.gv.at/recht_publikationen/tätigkeitsberichte_der_bundeswettbewerbsbehörde/, 24 ff.

ten Tatbestände des StGB verwirklichen. Teilweise wird etwa erörtert, ob der sog Preis- und Konditionenmissbrauch (s oben Teil 7.III.B.1.a. und Teil 7.III.B.3.) in manchen Fällen auch den Tatbestand der Nötigung (§ 105 StGB), der Erpressung (§ 144 StGB) oder des Sachwuchers (§ 155 StGB) darstellen kann.¹⁵⁰ Die Praxis der Strafjustiz dürfte hier jedoch keinen Vollzugsschwerpunkt sehen.

IV. Zivilrechtliche Rechtsfolgen

A. Allgemeines

Die Durchsetzung von innerstaatlichem Kartellrecht bzw EU-Wettbewerbsrecht durch „Opfer“ von Kartellrechtsverstößen, also Unternehmen und Verbraucher (sog „private Rechtsdurchsetzung“ bzw „private enforcement“) – durch gerichtliche Geltendmachung insb von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen bzw durch Berufung auf die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen – ist seit Inkrafttreten der VO 1/2003 am 1.5.2004¹⁵¹ zumindest rechtlich umfassend möglich.¹⁵² Freilich bestanden zumindest bis 2017 in der Praxis in den meisten EU-Mitgliedstaaten immer noch gewisse Hürden bei der privaten Rechtsdurchsetzung. Zur Erleichterung der Geltendmachung von Schadenersatz soll die EU-Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen wegen Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union („SchadenersatzRL“)¹⁵³ (vgl unten IV.B.1.) beitragen, die von den Mitgliedstaaten bis Ende 2016 umzusetzen war und tatsächlich 2017 umgesetzt wurde¹⁵⁴, in Österreich durch das KaWeRÄG 2017.

150 Glaser/Pirko, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus strafrechtlicher Sicht, ÖZK 2010, 20 (Teil 1) bzw 59 (Teil 2).

151 Durch die VO 1/2003 ist nämlich das Freistellungsmonopol der Kommission nach Art 101 Abs 3 AEUV weggefallen und durch die „Legalausnahme“ ersetzt worden. Diese Entwicklung wurde in den innerstaatlichen Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten nachvollzogen, in Österreich mit dem KartG 2005 ab 1.1.2006; s dazu auch Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf.

152 Vgl grundlegend F. Schuhmacher, Das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, wbl 2016, 1; Eilmansberger, Die Bedeutung der Art 85 und 86 EG-V für das österreichische Zivilrecht, in Koppensteiner (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht (1998) VI/1; und stellvertretend für viele Klauser, „Private enforcement“ von EU-Kartellrecht, ecolex 2005, 87; Thyri, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung? ecolex 2006, 800. S in diesem Zusammenhang auch die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004 C 101 S 54.

153 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl Nr L 349 vom 5.12.2014, S 1.

154 Eine Übersicht über die Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten hat die Europäische Kommission veröffentlicht, s http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html.

Lediglich Anträge auf Prüfung von Zusammenschlüssen, auf nachträgliche Maßnahmen gem § 16 Z 1 KartG, auf eine Feststellung nach § 28 Abs 1a Z 1 KartG sowie auf Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern können nur von der BWB oder dem Bundeskartellanwalt gestellt werden (§ 36 Abs 2 KartG).

Das Kartellgericht darf trotz der im außerstreitigen Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime die von den Parteianträgen gesteckten Grenzen des Entscheidungsgegenstands nicht überschreiten.¹⁰ Änderungen des Antrags im Laufe des Verfahrens sind jedoch in weitem Umfang zulässig.¹¹

Praxistipp

Der Antrag muss grundsätzlich gem § 9 Abs 1 AußStrG kein bestimmtes Begehrn enthalten, sondern nur hinreichend erkennen lassen, welche Entscheidung der Antragsteller anstrebt und aus welchem Sachverhalt er seinen Anspruch ableitet (Schlüssigkeit des Vorbringens). Unter Umständen kann es daher für einen Antragsteller sinnvoll sein, im verfahrenseinleitenden Schriftsatz ein Antragsbegehrn zu formulieren, das das ab- oder festzustellende unerwünschte Verhalten nicht in jedem Detail abgrenzt; eine nähere Konkretisierung kann dann im Laufe des Verfahrens erfolgen (anders nur im Zusammenschlussverfahren). Beispielsweise wurde ein Antrag auf Untersagung (Abstellung) missbräuchlichen Verhaltens „durch diskriminierende Geschäftspolitik“ vom KOG als zu unbestimmt qualifiziert. Dh im Fall eines Abstellungsantrags muss der Antrag so konkret sein, dass ihm das abzustellende Verhalten nach Gegenstand, Art, Umfang und Zeit zu entnehmen ist; das Kartellgericht hat jedoch einen Verbesserungsauftrag zu erteilen, wenn die beantragte Maßnahme ungeeignet oder unzulässig erscheint (s dazu auch oben, Teil 9.II.B.1.). Seit dem KaWeRÄG 2012 ist der notwendige Inhalt von Anträgen auf Verhängung von Geldbußen in § 36 Abs 1a KartG näher geregelt.

Die Formerfordernisse für Anträge regelt § 10 AußStrG, sofern nicht im KartG spezielle Regelungen enthalten sind (s § 10 KartG betreffend Zusammenschlussanmeldungen und § 42 KartG betreffend Beilagen und Gleichschriften von Schriftsätzen).

Bei Form- oder Inhaltsmängeln hat das Kartellgericht gem § 10 Abs 4 AußStrG die Verbesserung aufzutragen; § 43 KartG enthält Sonderregeln für die Verbesserung von Zusammenschlussanmeldungen.

Grundsätzlich sind nach § 11 AußStrG Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden können, mit Zurücknahme des Antrags beendet. § 36 Abs 5 KartG weicht davon insofern ab, als der Antrag bis zur Entscheidung des Kartellgerichts zurückgenommen werden kann, das Verfahren damit jedoch nur dann beendet ist, wenn keine der Amtsparteien binnen 14 Tagen nach Zustellung der Zurücknahmeeklärung die Fortsetzung des Verfahrens beantragt (§ 36 Abs 5

10 OGH als KOG 4.4.2005, 16 Ok 20/04.

11 Solé/Kodek/Völk/Völk-Torggler, Das Verfahren vor dem Kartellgericht² (2019), Rn 124, hält sie jedenfalls dann für zulässig, wenn sie keine Verfahrensverzögerungen mit sich bringen.