

Honorar-Professor
DR. NORBERT GUGERBAUER

Institut für Unternehmensrecht
der Johannes Kepler Universität Linz

KARTELLRECHT
ÖSTERREICHS UND DER EUROPÄISCHEN UNION
(Stand 1. September 2010)

Inhaltsverzeichnis

Einführung in das Kartellrecht	3
Entwicklung, Struktur und Rechtsquellen des Österreichischen	
Kartellrechts	11
Entwicklung, Struktur und Rechtsquellen des EU-Kartellrechts	19
Kartelle im österreichischen Kartellrecht.....	28
Kartelle im EU-Kartellrecht	34
Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Verträgen (KartG)	44
Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Verträgen	
(EU-Gruppenfreistellungsverordnungen)	48
Missbrauch der Marktmacht (KartG)	58
Missbrauch der Marktmacht (Art 102 AEUV).....	66
Zusammenschlusskontrolle (KartG).....	76
Zusammenschlusskontrolle (EU-FKVO)	84
Ausnahmen vom Kartellrecht.....	97
Das Verfahren nach KartG und WettbG.....	102
Das Verfahren vor der Europäischen Kommission	108
Das Verfahren vor dem Gerichtshof der EU und dem Gericht erster Instanz	116

Einführung in das Kartellrecht

Marktwirtschaftliche Ordnung

Die Wirtschaftsverfassung einer marktwirtschaftlichen Ordnung wird durch Privateigentum, Erwerbs- und Berufsfreiheit sowie Vertragsfreiheit (der Einzelne kann sich frei entscheiden, ob, mit wem und worüber er - vorbehaltlich der Zustimmung des Vertragspartners – einen Vertrag abschließt) charakterisiert. In solch einer freien Wirtschaftsordnung kann sich jedes Wirtschaftssubjekt bemühen, durch das Angebot von Arbeits- und Dienstleistungen oder durch die Produktion von Gütern einen möglichst hohen Eigennutzen zu erzielen. Dies führt - indirekt - zu positiven gesamtwirtschaftlichen Effekten.

Ein Unternehmen muss festlegen, mit welchen Waren oder Dienstleistungen es sein primäres Ziel, seinen Gewinn zu maximieren, am besten verwirklichen kann. Ein Arbeitnehmer muss sich für einen bestimmten Arbeitsplatz entscheiden. Aber auch ein Privathaushalt muss sich darüber klar werden, wie er angesichts seiner - in der Regel - begrenzten Mittel seinen Bedarf optimal decken kann. Angebot und Nachfrage treffen auf dem Markt aufeinander. Alle werden sich dabei vorrangig an den geforderten oder gezahlten Preisen orientieren. Jede angebotene Ware oder Dienstleistung kann nur in dem Maße abgesetzt werden, in dem kaufkräftige Nachfrage vorhanden ist

Übersteigt die Nachfrage nach einer Ware oder Dienstleistung das Angebot, wird der Preis dieser Ware oder Dienstleistung solange steigen, bis zwischen Angebot und Nachfrage ein

annäherndes Gleichgewicht herrscht. Durch einen Nachfrageüberhang steigende Preise können zu überdurchschnittlichen Gewinnen der Anbieter führen und neue Anbieter anlocken. Nimmt das Angebot dadurch zu, gibt es zunehmend Konkurrenz. Einzelne Anbieter versuchen, den Absatz ihrer Waren oder Dienstleistungen durch Preiszugeständnisse zu verstärken. Angebot und Nachfrage finden ein neues Gleichgewicht auf niedrigerem Preisniveau.

Wettbewerb

Wenn Wettbewerb herrscht, muss jeder Marktteilnehmer damit rechnen, dass seinen potentiellen Vertragspartnern von anderen Marktteilnehmern attraktivere Alternativen vorgeschlagen werden. Daher müssen sich unter den Bedingungen des Wettbewerbs alle Beteiligten darum bemühen, für den Vertragspartner möglichst günstige Austauschrelationen anzubieten. Andernfalls droht die Gefahr, dass ihr eigenes Angebot nicht angenommen wird. Sieht sich der Anbieter einer nachgefragten Dienstleistung oder einer nachgefragten Ware aber keiner Konkurrenz ausgesetzt, kann dies zu einer sog. Monopolrendite führen, einer besonderen Einkommensvergütung zu Lasten Dritter oder der Allgemeinheit.

Im Effekt verhindert somit der Wettbewerb, dass einer der Marktteilnehmer seine Kontrahenten ausbeuten kann. Der Wettbewerb ist eine notwendige Bedingung für die Begrenzung wirtschaftlicher Macht. Wo kein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern oder Nachfragern besteht, führt dies auf der jeweiligen Gegenseite stets zu Abhängigkeiten. Der einzelne, der dem monopolistischen Anbieter oder Nachfrager gegenübersteht,

namentlich der Verbraucher, bleibt ohne Alternative, er muss sich insbesondere dem Preisdiktat der Marktgegenseite unterwerfen.

Darüber hinaus spornt der Wettbewerb Wirtschaftssubjekte zu besonderen wirtschaftlichen Leistungen und Verhaltensweisen an: er fördert rationale Produktionsweisen, senkt Produktionskosten und Preise und belebt die Innovationstätigkeit. Neben dieser Anreizfunktion obliegt dem Wettbewerb eine Lenkungs Aufgabe: nur dort, wo Wettbewerb besteht, können (Markt-)Preise ihre Aufgabe erfüllen: Knappheitsindikator sein, Verteilungs- und Koordinationsfunktion zur Geltung bringen. Fehlender Wettbewerb führt nicht bloß zu Einbußen an wirtschaftlicher Effizienz, sondern letztlich zu erheblichen Wohlfahrtsverlusten. Vor allem aber führt die Herabsetzung des Wettbewerbsdrucks zu einem nachhaltigen Zurückdrängen der Marktmechanismen und damit zu einem weiteren Verlust an Wettbewerbsfähigkeit.

Wettbewerbstheorien

Der Preismechanismus kann nur unter Wettbewerbsbedingungen funktionieren, d.h. dann, wenn die Preise frei beweglich sind und der Zugang zu den Märkten allen Unternehmen offen steht. Entdeckt wurde der Preismechanismus bereits von den Klassikern der Nationalökonomie, Adam Smith und D. Ricardo.

Wettbewerb findet jedoch nicht bloß über Preise statt. Als Aktionsparameter kommen auch viele andere Faktoren in betracht. Etwa Zahlungskonditionen, Qualität, Lieferzeit, Service oder Werbung. Und Wettbewerb findet nicht nur zwischen Anbietern, sondern auch zwischen

Nachfragern (etwa zwischen nachfragestarken Einzelhandelsunternehmen) statt. Demgemäss ist zwischen Wettbewerb auf Angebots- oder Nachfragemärkten zu unterscheiden.

Die dynamische Wettbewerbstheorie wurde vor allem von Clark geprägt. Sie definiert Wettbewerb als einen permanenten Prozess, der durch Vorstöße einzelner Pionierunternehmen und Verfolgungsaktionen ihrer Nachahmer geprägt wird. Es gibt keine zeitliche Beschränkung dieses Prozesses, solange nur der Marktzutritt offen bleibt. Damit rückt die Offenhaltung aller Märkte in den Mittelpunkt der Wettbewerbspolitik.

Den Thesen Clarks wurden verschiedene Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs (workable competition) entgegengesetzt. Diese Workability-Konzepte beruhen auf der Annahme bestimmter Wechselbeziehungen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen. Sie werden freilich der Tatsache nicht gerecht, dass es sich beim Wettbewerb um hochkomplexe Abläufe handelt. Die Vielzahl der diese Abläufe bestimmenden Kausalbeziehungen lässt sich empirisch nicht nachweisen, geschweige denn auch nur annähernd exakt voraussagen.

Besonders der österreichische Nobelpreisträger Friedrich August von Hayek hat den Workability-Konzepten entgegengehalten, dass es geradezu das Wesen von Wettbewerbsprozessen sei, dass ihre Ergebnisse von niemandem vorausberechnet werden könnten. Wettbewerb sei vielmehr ein ständiges Such- und Entdeckungsverfahren. An diese Erkenntnis schließen die Vertreter der Chicago-Schule an, die jedoch weitgehend auf die langfristigen Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs vertrauen. Unternehmens-Zusammenschlüsse und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (zwischen Unternehmen

verschiedener Vertriebsstufen, z.B. zwischen Produzent einerseits und Großhändler andererseits) werden positiv beurteilt, weil sie die Effektivität der einzelnen Unternehmen und damit den allgemeinen Wohlstand fördern würden. Staatliche Wettbewerbspolitik soll sich auf die Bekämpfung von künstlichen Marktzutrittsschranken und klassischen (Preis-)Kartellen beschränken.

Dagegen folgt aus der Theorie der Wettbewerbsfreiheit (v. Hayek), dass alle Wettbewerbsbeschränkungen - wo immer sie auftreten - zu bekämpfen sind. Dazu ist

Marktverhaltenskontrolle und Marktstrukturkontrolle (im Rahmen der Fusionskontrolle bis zur Entflechtung von Konzernen) Voraussetzung.

Private Eingriffe in die Wettbewerbsordnung

Wettbewerb stellt in den wenigsten Fällen ein selbstgewähltes Ziel der Marktteilnehmer dar. Freiheit vom Staat, Privatautonomie, birgt auch die Möglichkeit in sich, den Wettbewerb zu beschränken oder aufzuheben. Die Freiheit der Marktteilnehmer allein vermag daher die Selbstaufhebung des Wettbewerbs durch die Wettbewerber nicht zu verhindern. Der einzelne Anbieter oder Nachfrager strebt auf seinem Markt vielfach entweder eine Abstimmung mit den Konkurrenten oder eine beherrschende Rolle an.

Grundsätzlich kann man zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch - horizontale - Kartelle (Verhaltensabstimmungen von Unternehmen der gleichen Produktions- oder Vertriebsstufe, z.B. ein Kartell von Zement-Produzenten), Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Verträge (z.B. durch Konkurrenzverbote in Alleinvertriebsverträgen), Wettbewerbsbeschränkungen durch Missbrauch der Marktmacht und Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenszusammenschlüsse (Entstehen oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung) unterscheiden.

Wettbewerbsrecht

In einer marktwirtschaftlichen Ordnung liegt das Ziel der Wettbewerbspolitik im Erhalt und in der Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Dies bedarf eines entsprechenden gesetzlichen Umfeldes. Der umfassende Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs stellt eine

Aufgabe der gesamten Privatrechtsordnung dar. Die Erkenntnis, dass Wettbewerb ohne eine

Rahmenordnung nicht gesichert werden kann, gehört zu den bleibenden Verdiensten des Ordoliberalismus.

Zum Wettbewerbsrecht zählen (in Österreich) neben dem Kartellgesetz auch das Wettbewerbsgesetz und das Nahversorgungsgesetz, im weiteren Sinne dann aber auch das Recht der Beihilfen-Kontrolle (vgl Art. 107 ff AEUV), das Antidumping-Recht (vgl die Verordnung [EG] Nr. 1225/2009 des Rates vom 30. 11. 2009 und Verordnung [EG] Nr. 2026/97 des Rates vom 6. 10. 1997), Rechtsvorschriften gegen internationale Handelshemmnisse (vgl die Verordnung [EG] Nr 3286/94, ABI L 349 vom 31.12.1994, S 71, idF ABI L 41 vom 23.2.1995, S 3), oder auch das Vergaberecht. Branchenbezogene Wettbewerbsvorschriften finden sich etwa im Telekommunikationsrecht.

Während das Kartellrecht die Voraussetzungen von Wettbewerbsprozessen sichern soll, ist die Regelung der mit der Ausübung der Wettbewerbsfreiheit zusammenhängenden Fragen Aufgabe des Lauterkeitsrechtes (UWG).

Das moderne Kartellrecht kann von der US-Amerikanischen Entwicklung nicht getrennt werden. Das Amerikanische Antitrust-Recht gründet sich im wesentlichen auf drei Gesetze, den Sherman Act von 1890, den Clayton Act von 1914 und den FTC-Act von 1914. Durch wiederholte Novellierungen sollte ihre Durchsetzung erleichtert werden. Die Vollziehung der Antitrust-Gesetze obliegt - auf der Ebene des Bundes - dem Justizministerium und der FTC.

Verbotsprinzip / Missbrauchsprinzip

Sind im Kartellrecht Verbotstatbestände angebracht, oder sind gerichtliche oder behördliche Akte vorzuziehen, durch die erst ein Vertrag als unwirksam erklärt oder ein Verhalten verboten wird? Das Amerikanische Antitrust-Recht beruht ebenso wie das EG-Kartellrecht auf dem Verbotsprinzip, das österreichische Kartellgesetz baute ursprünglich auf dem Missbrauchsprinzip auf, hat sich aber in einem etappenweise vollzogenen Gesetzgebungsprozess an das EG-Kartellrecht angenähert, mit dem KartG 2005 gilt auch im österreichischen Kartellrecht das (nur mehr durch einige Branchen-Ausnahmen durchlöcherte) Verbotsprinzip.

Das Verbotsprinzip setzt zwar ein höheres Maß an Tatbestandsbestimmtheit voraus, führt aber zu einer besseren Breitenwirkung. Allerdings sind auch im Rahmen des Verbotsprinzips Vorkehrungen für die Durchsetzung des Verbotes (für die Abstellung von Zuwiderhandlungen) erforderlich.

Staatliche Eingriffe in die Wettbewerbsordnung

Wenn sich der Staat nicht auf die Aufgabe zurückzieht, einen Ordnungsrahmen abzustecken, seine Einhaltung zu überwachen und Verstöße zu ahnden, sondern zumindest mittelbar in den Wettbewerbsprozess eingreift, indem er durch selektive Intervention partiellen Interessen nachgibt, verliert der Wettbewerb - zumindest in Teilbereichen - seine Funktionsfähigkeit. Derartige Eingriffe können etwa durch die Freistellung bestimmter Wirtschaftsbereiche vom Wettbewerbsrecht (z.B. Ausnahmebestimmungen für Mitglieder bestimmter Kreditinstitutsgruppen), durch direkte (öffentliche Subventionen) oder indirekte (Eigenkapitalzufuhr für vergesellschaftete Betriebe) Beihilfen, durch die Reglementierung von Preisen (z.B. auf dem Wohnungsmarkt) oder die Beschränkung des Marktzuganges (z.B.

durch Gewerbeordnungen) erfolgen. Im internationalen Vergleich kann sogar Wettbewerbsrecht (wie etwa auch Umweltschutzrecht oder Sozialrecht) selbst zu einer Störung des Wettbewerbs führen, nämlich dann, wenn eine rigide nationale Wettbewerbsordnung die Rechtsunterworfenen einem strengen Regiment unterwirft, ohne auf die Bedingungen des grenzüberschreitenden, vor allem globalen Wettbewerbs zu achten.

Staatliche Zielkonflikte können sich dann ergeben, wenn der Staat - etwa zu Gunsten der Sicherung von Arbeitsplätzen oder der Förderung von Forschung und Entwicklung – seine Wettbewerbspolitik relativiert. Auch Industriepolitik als Politik zugunsten einzelner Industriezweige oder sogar zugunsten einzelner Industrieunternehmen stellt - mit v. Hayek - eine staatliche Wissensanmaßung dar. Die öffentliche Hand tritt an die Stelle der unsichtbaren Hand des Marktes, der Staat maßt sich an, zu erkennen, welche Industrien Zukunft haben, der Staat und nicht der Markt wählt Gewinner und Verlierer aus. Dies, ohne dass der Staat Marktkenntnis hätte und ohne dass die für den Staat handelnden Akteure für Fehlentscheidungen mit ihrer wirtschaftlichen Existenz haften würden.

Derartige Eingriffe stellen die Wettbewerbsneutralität des Staates in Frage, von den damit verbundenen unsozialen Verteilungseffekten ganz zu schweigen: Arbeitsplätze in Großunternehmen werden vielfach begünstigt, Arbeitsplätze bei kleineren Wettbewerbern sind weniger publicityträchtig und daher gefährdet. Die Interventionsbereitschaft ist zudem in solchen Regionen besonders hoch, in denen Wahlen bevorstehen. Empirisch ist freilich längst nachgewiesen, dass wirtschaftliches Wachstum und technischer Fortschritt durch nichts so stark gefördert werden, wie durch möglichst viel Wettbewerb auf möglichst vielen Märkten.

Entwicklung, Struktur und Rechtsquellen des österreichischen Kartellrechts

Historische Entwicklung

Im Gefolge der Industriellen Revolution traten neue Wettbewerbsverstöße neben die alten Monopole. Der Staat begann, mit strafrechtlichen Mitteln gegen Preisabsprachen vorzugehen: Sowohl das StGB 1803, wie auch das StGB 1852 verbot die Verabredung von Gewerbsleuten, den Preis einer Ware oder Arbeit zum Nachteil des Publikums zu erhöhen. Durch das Koalitionsgesetz von 1870 wurden Preisabsprachen zum Nachteil der Verbraucher dann nicht mehr mit Strafe, sondern mit Nichtigkeit bedroht. Der umfassendere Kartellgesetzentwurf 1897 - der erste Europas - wurde ebenso wie zwei nachfolgende Gesetzesinitiativen nicht realisiert.

Während der Ersten Republik blieb das Koalitionsgesetz zwar in Geltung, Gesetzgebung und Rechtsprechung hielten sich gegenüber Kartellen aber deutlich zurück. Diese Tendenz verstärkte sich im System des autoritären Ständestaates noch, nach dem Untersagungsgesetz aus 1937 konnte sogar die Aufnahme neuer unternehmerischer Tätigkeiten verhindert werden, wenn die Wettbewerbsverhältnisse - nach Auffassung der Behörde - in wirtschaftlich ungesunder Weise beeinflusst zu werden drohten. 1938 wurde die Übernahme des deutschen Kartellrechtes angeordnet. Es handelte sich dabei insbesondere um die Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen aus dem Jahr 1923 und um

das Gesetz über Errichtung von Zwangskartellen aus dem Jahr 1933. Das Missbrauchsverbot blieb bedeutungslos, bestehende und neu errichtete österreichische Großbetriebe wurden in deutsche Zwangskartelle integriert (Kriegswirtschaft).

Das erste (1951 beschlossene) Kartellgesetz der Zweiten Republik entsprach der eher pragmatischen Tendenz, Kartelle nicht prinzipiell zu untersagen, sondern nur einem Registerzwang zu unterwerfen. In der Regierungsvorlage wurde ausgeführt, dass Kartelle nicht notwendig volkswirtschaftlich schädlich sind, sondern aufgrund ihrer konjunkturausgleichenden und marktstabilisierenden Funktion nützlich sein können. Die der Förderung der Marktwirtschaft verpflichtete US-amerikanische Besatzungsmacht übte deutliche Kritik und hätte wohl eine Norm wie das - spätere - deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) präferiert, welches von den Vorstellungen der neoliberalen Wirtschaftswissenschaft, der sogenannten Freiburger Schule, geprägt war (ein wesentlicher Vertreter dieses Ordoliberalismus war der österreichische Nobelpreisträger Friedrich A. Hayek).

Nach insgesamt fünf Gesetzesnovellen kam es 1972 zur Verabschiedung eines weitgehend neu konzipierten Kartellgesetzes. Der Wettbewerbsgedanke trat stärker in den Vordergrund. Damit sollte vor allem den zwischen Österreich und den Europäischen Gemeinschaften abgeschlossenen Abkommen Rechnung getragen werden. Das Kartellgesetz 1988 ging noch einen Schritt weiter und brachte eine Befristung der Genehmigung von Kartellen, eine Anzeigepflicht für Vertriebsbindungen und die Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nach qualitativen Kriterien.

Durch die Kartellgesetz-Novelle 1993 wurde schließlich betroffenen Unternehmen eine eigene Antragslegitimation eingeräumt und die Überprüfung größerer Unternehmenszusammenschlüsse (Fusionskontrolle) eingeführt. Die Kartellgesetz-Novelle 1995 drängte den traditionellen Einfluss der Sozialpartner-Organisationen zurück, sicherte erstmals (wenn auch nur in den verstärkten Senaten des OGH) eine Mehrheit der Berufsrichter und verankerte das Recht des Kartellgerichtes, auch solche Sachverständige zu bestellen, die nicht von den Sozialpartner-Organisationen vorgeschlagen wurden. Die Kartellgesetz-Novelle 1999 brachte vor allem eine Beseitigung der bisherigen Privilegierung der Verhaltenskartelle, die Einführung des Verkaufs unter dem Einstandspreis als eigenen Missbrauchs-Tatbestand, sowie die Möglichkeit des amtswegigen Einschreitens des Kartellgerichtes.

Durch die Kartellgesetz-Novelle 2002 wurde bei der Missbrauchsaufsicht das Verbotprinzip verankert: Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist nicht erst nach Einleitung eines Verfahrens und dem Vorliegen eines rechtskräftigen Beschlusses, sondern bereits Kraft Gesetzes verboten (§ 35 Abs 1). Weiters kann das Kartellgericht auf Grund der novellierten Bestimmungen nach Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses nachträglich Maßnahmen auftragen, durch welche die Wirkung des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt wird. Bei verbotener Durchführung eines Kartells, einer vertikalen Vertriebsbindung oder eines Zusammenschlusses, sowie bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung können Geldbußen von bis zu 10 % der im letzten Geschäftsjahr erzielten weltweiten Umsatzerlöse verhängt werden. Das KartG sieht seit der Kartellgesetz-Novelle 2002 keine strafgerichtlichen Bestimmungen mehr vor, dafür wurde in das StGB ein neuer § 168b eingefügt, welcher wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren mit Freiheitsstrafe von bis zu 3

Jahren bedroht. Weitgehende verfahrensrechtliche Neuerungen brachte das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz).

Die beiden Gesetzesnovellen des Jahres 2003 führten zu keinen weitreichenden Änderungen.

Statt eine weitere Novellierung des KartG 1988 vorzunehmen, wurde im Jahr 2005 ein in Aufbau und Systematik völlig neues Gesetz, das KartG 2005, erlassen. Es bleiben zwar große Teile des Rechts, insbesondere im Bereich der Institutionen und des Verfahrens, inhaltlich unverändert; die Reform des materiellen Kartellrechts erforderte aber eine weitgehende Neugliederung des Rechtsstoffs und auch in den anderen Bereichen bestand die Notwendigkeit zahlreicher rechtstechnischer Anpassungen.

Im Paket mit dem gleichzeitig novellierten Wettbewerbsgesetz (und der Novelle zum Nahversorgungsgesetz) wurde der Übergang zum Verbotsprinzip abgeschlossen. Alternativ zu der Abstellung von Zuwiderhandlungen durch kartellgerichtliche Aufträge kann das Kartellgericht nun Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen für bindend erklären. Die Anwendung des Gemeinschaftsrechtes ist klar geregelt. Die Bundeswettbewerbsbehörde wurde – vor allem im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle – aufgewertet.

Das Verfahren vor dem Kartellgericht und die Sozialpartnerorganisation:

Über Jahrzehnte nahmen Vertreter der Wirtschaftskammer Österreich und der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte in Verfahren vor dem Kartellgericht parallel die Rolle der Antragsteller, Sachverständigen und Richter wahr. Diese rechtstaatlichen Defizite wurden zunehmend fachlicher Kritik unterzogen und schließlich mit der KartGNov 2002 weitgehend überwunden. Allerdings ist auch das KartG 2005 in eingehenden Vorgesprächen mit den Sozialpartnern akkordiert worden und die Sozialpartnerorganisationen haben in Verfahren vor dem Kartellgericht nach wie vor weitgehende Rechte.

Die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs können die Abstellung (§ 26 KartG 2005) eines Verstoßes gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG 2005) oder gegen das Missbrauchsverbot (§ 5 KartG 2005), sowie eine kartellgerichtliche Feststellung, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem KartG unterliegt (§ 28 Abs 2 KartG 2005), bzw dass eine – bereits beendete – Zuwiderhandlung gegen ein kartellgesetzliches Verbot vorlag (§ 28 KartG 2005), beantragen. Erfahrungsgemäß machen die Sozialpartnerorganisationen von diesen Antragsrechten wenig Gebrauch, da die Wirtschaftskammer Österreich in einem Verfahren, das die Interessen von zwei oder mehr Unternehmen berührt, für ein Kammermitglied gegen ein anderes Stellung beziehen müsste, und sich in der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte vielfach die Interessen der Konsumenten einerseits und die Interessen der Belegschaft eines betroffenen Unternehmens andererseits blockieren.

Sind die Sozialpartnerorganisationen (zwischen der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund gibt es traditionell eine enge Kooperation) nicht Antragsteller (auf Einleitung eines Verfahrens), sind sie berechtigt, Stellungnahmen abzugeben (§ 45 KartG 2005), haben aber während des laufenden Verfahrens kein Antragsrecht. Parteistellung in allen kartellgerichtlichen Verfahren kommt nur den Amtsparteien, also der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt, zu - § 40 KartG 2005. Auch die Stellung eines Antrages auf kartellgerichtliche Prüfung eines Zusammenschlusses oder auf Verhängung einer Geldbuße oder eines Zwangsgeldes bleibt der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt vorbehalten (§ 36 Abs 2 KartG 2005).

In den Senaten des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht stehen 2 Berufsrichter 2 fachkundigen Laienrichtern gegenüber, wobei gegebenenfalls die Stimme des vorsitzenden Berufsrichters entscheidet. In den einfachen Senaten des Obersten Gerichtshofes stehen 3 Berufsrichter 2 fachkundigen Laienrichtern gegenüber, in den verstärkten Senaten des Obersten Gerichtshofes 7 Berufsrichter 2 fachkundigen Laienrichtern. Die fachkundigen Laienrichter werden von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und der Wirtschaftskammer Österreich vorgeschlagen.

Als beratendes Organ der Bundeswettbewerbsbehörde wurde eine Wettbewerbskommission bestellt, wobei vier der insgesamt acht Mitglieder von der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund und der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs vorzuschlagen sind.

Durch die Neuregelung ist somit sichergestellt, dass die willkommene Expertise der Sozialpartnerorganisationen in Verfahren vor dem Kartellgericht einfließt, ohne dass dies zu den früher zu beobachtenden rechtsstaatlichen Verwerfungen führen würde.

Die Bundeswettbewerbsbehörde

Nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes wurde eine Bundeswettbewerbsbehörde eingerichtet, welche insbesondere vermutete Wettbewerbsverzerrungen zu untersuchen, die Anmeldung von Unternehmens-Zusammenschlüssen entgegenzunehmen und in Verfahren vor dem Kartellgericht, bzw. dem Kartellobergericht entsprechende Anträge zu stellen hat. Darüber hinaus ist die Bundeswettbewerbsbehörde zur Unterstützung der Europäischen Kommission und der Kartellbehörden der anderen Mitgliedstaaten zuständig. Die Bedeutung der BWB ergibt sich vor allem aus den alleine ihr (und dem Bundeskartellanwalt als zweiter Amtspartei)

zustehenden Rechten, beim Kartellgericht bestimmte Anträge zu stellen: Etwa einen Antrag auf Überprüfung eines Unternehmens-Zusammenschlusses, oder auf Verhängung eines Bußgeldes. Dazu kommt das Recht, Unternehmen schriftlich zur Erteilung von Auskünften aufzufordern, bzw. gegebenenfalls sogar eine Hausdurchsuchung zu beantragen.

Der Einfluss des EU-Rechts

Gem. Art 3 ff der EG-Verordnung Nr. 1/2003 des Rates sind die Bestimmungen der Art 101 und 102 AEUV auch von einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden (und Gerichten) anzuwenden, wenn die entsprechenden Vereinbarungen (Beschlüsse oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen) bzw. Missbräuche den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Eigene Bekanntmachungen der Kommission befassen sich mit der Zusammenarbeit der Kommission und der Gerichte bei der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV, bzw. mit der Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.

Das KartG 2005 regelt in einem eigenen Hauptstück die Anwendung des Gemeinschaftsrechts (§§ 83 ff KartG 2005).

Rechtsquellen:

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I Nr. 61/2005.

Wettbewerbsgesetz (WettbG), BGBl I Nr. 62/2002 idF BGBl I Nr. 106/2006

Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl. Nr. 392/1977 idF BGBl I Nr. 62/2005

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkomentar, 2007

Entwicklung, Struktur und Rechtsquellen des

EU-Kartellrechts

Historische Entwicklung

Die Art 85 und 86 des EWG-Vertrages (nunmehr: Art 101 und 102 AEUV) traten bereits im Jahr 1958 mit unmittelbarer Wirkung für alle Unternehmen in Kraft. Mit der ersten Durchführungsverordnung Nr. 17 des Rates wurde 1962 auch die verfahrensmäßige Umsetzung des EWG-Wettbewerbsrechtes sichergestellt.

Österreich hat 1972 mit der EWG ein Freihandelsabkommen abgeschlossen, welches Wettbewerbsregeln enthielt, die nach dem Vorbild der Art 85 und 86 des EWG-Vertrages gestaltet waren.

Durch den „Vertrag über die Europäische Union“ (Maastrichter Vertrag) vom 7.2.1992 wurde der EWG-Vertrag dahingehend geändert, dass der Ausdruck „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ (EWG) durch „Europäische Gemeinschaft“ (EG) ersetzt wurde. Der Vertrag erhielt dadurch den Titel „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“. Es handelt sich dabei nicht um die Gründung einer neuen Gemeinschaft, sondern nur um eine Änderung des EWGV. Insofern behalten auch die Urteile des EuGH zur Auslegung des EWGV grundsätzlich ihre Bedeutung.

Mit 1.1.1994 trat (auch für Österreich) das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Kraft, die Wettbewerbsregeln entsprachen jenen der EG, für ihre Vollziehung wurden jedoch eigene Organe eingesetzt.

Seit 1.1.1995 ist Österreich Mitglied der EG, die Bestimmungen des „Vertrag über die Europäische Union“ und des „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ sind unmittelbar geltendes Recht.

Am 2.10.1997 wurde der Vertrag von Amsterdam unterzeichnet. Er brachte auf verschiedenen wichtigen Gebieten eine Vertiefung der Integration.

Am 1. Dezember 2009 trat der Vertrag von Lissabon in Kraft. Er reformierte den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) und den Vertrag über die Europäische Union (EU-Vertrag). Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wurde in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannt.

Am 1. Dezember 2009 erlangte auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union Rechtskraft. Sie kodifiziert Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Union.

EU-Wettbewerbspolitik

Die Umsetzung der Wettbewerbsregeln des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zählt zu den auf Dauer angelegten Aufgaben der Gemeinschaft und ist deshalb von

politischer Natur. Die Europäische Union hat gem. Art. 3 Abs 1 lit b AEUV ausschließliche Zuständigkeit für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln. Die einzelnen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, finden sich in den Art. 101 ff. AEUV.

Dem Wettbewerb kommt eine maßgebliche Rolle bei der Integration der nationalen Volkswirtschaften zu. Das Bestreben der Unternehmen nach einer Ausweitung ihrer Absatzgebiete soll - unter dem Schutz der Wettbewerbsregeln - zu einer gegenseitigen wirtschaftlichen Durchdringung führen. Die Freiheit des Wettbewerbs bildet ein notwendiges Korrelat zum freien Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.

Der Vertrag sichert also nicht nur die individuelle wirtschaftliche Freiheit, sondern er schützt auch den Wettbewerb als Institution. Die Entscheidung zugunsten eines marktwirtschaftlichen Systems wurde von der Überlegung bestimmt, dass ein derartiges System - insbesondere im Interesse der Verbraucher - eine bestmögliche Nutzung der Produktionsfaktoren und damit wirtschaftlichen Fortschritt ermöglicht. In dieser Betrachtung stellt der Wettbewerb eine grundlegende Voraussetzung dar, um über die Steigerung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen und der Wirtschaft insgesamt den Lebensstandard der Bevölkerung anzuheben.

Aufbau und Struktur des EU-Kartellrechtes

Wettbewerbsregeln für Unternehmen

Die konkreten Wettbewerbsregeln gliedern sich in Vorschriften für Unternehmen (Art 101 ff. AEUV) und über staatliche Beihilfen (Art 107 ff. AEUV).

Die Bestimmungen gegen private Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigen die Erfahrung, dass derartige Verstöße (insbesondere internationale Kartelle) die gleiche Wirkung entfalten können, wie die durch die EU beseitigten staatlichen Handelsschranken (etwa Zölle oder Kontingente). Der Erfolg der Überwindung staatlicher Handelshemmnisse soll mit anderen Worten nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen in Frage gestellt werden.

Die Vorschriften für Unternehmen umfassen ein allgemeines Kartellverbot mit Nichtigkeitsfolge (Art 101 AEUV) und das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung beherrschender Stellungen (Art 102 AEUV). Der Gemeinschaftsgesetzgeber wird verpflichtet, zur Verwirklichung der in den Art 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen (Art 103 AEUV). Der AEUV selbst enthält ja keine Vorschriften über die Zuständigkeiten und das Verfahren in Kartellsachen. Das materielle Kartellrecht bedarf daher der Ergänzung durch Ausführungsbestimmungen. Zu den auf Unternehmen anwendbaren Wettbewerbsregeln zählen zahlreiche Verordnungen des Rates, welche gemäß Art 103 AEUV verabschiedet wurden, und zu denen die Kommission Ausführungsbestimmungen erlassen hat.

Im Zusammenhang mit den Wettbewerbsvorschriften für Unternehmen sind auch die allgemeinen Bekanntmachungen der Kommission über die Auslegung von Art 101 Abs 1 AEUV zu einzelnen Gruppenfreistellungsverordnungen sowie zur Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Sie haben allerdings nicht den Charakter einer Rechtsnorm, sondern sollen

die Unternehmen lediglich über den Rechtsstandpunkt der Kommission unterrichten. Sie binden also weder den EuGH noch die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Beurteilung des jeweiligen Sachverhaltes.

Wendet der EuGH das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV im Einzelfall auf eine Vereinbarung an, welche durch eine Bekanntmachung der Kommission für unbedenklich erklärt wurde, so ist jedenfalls die Verhängung von Geldbußen ausgeschlossen. Dies gilt auch für unklare Bekanntmachungen. Die Kommission selbst darf von ihrer in einer Bekanntmachung geäußerten Rechtsauffassung nur aus zwingenden Gründen (die sich etwa aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben können) abweichen.

Zwischenstaatlichkeitsklausel

Das EG-Kartellrecht erfasst nur Tatbestände, welche zumindest in ihren Auswirkungen über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus reichen. Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die den zwischenstaatlichen Handel nicht berühren, verbleiben unter der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Gesetzgeber bzw der nationalen Kartellbehörden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH genügt es bereits, dass eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme aufgrund der gesamten Umstände geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann, indem sie zur Errichtung von Handelsschranken im Binnenmarkt beiträgt und die vom Vertrag gewollte gegenseitige

Durchdringung der Märkte erschwert. Die Beeinträchtigung des Binnenhandels muss noch nicht einmal tatsächlich vorliegen: Es genügt bereits die entsprechende Eignung einer Maßnahme.

Das Zwischenstaatlichkeits-Kriterium wird aber auch durch Wettbewerbsbeschränkungen erfüllt, die sich ausschließlich in einem Mitgliedstaat (oder sogar einem bedeutenden Teil eines Mitgliedstaates) ereignen, soweit sie das Kriterium der Abschottung eines nationalen Marktes erfüllen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung das ganze Staatsgebiet eines EG-Mitgliedsstaates abdeckt.

Bagatellbestimmung (De-minimis)

Die Kommission ist der Auffassung, dass Wettbewerbsverstöße dann nicht unter das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV fallen, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf dem relevanten Markt 10 % nicht überschreitet (soweit die Unternehmen tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind), bzw wenn der Marktanteil auf keinem relevanten Markt 15 % überschreitet, soweit die Unternehmen keine tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber sind. Kommt es zu kumulativen Marktabschottungseffekten durch nebeneinander bestehende Netze von Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, werden die vorgenannten Marktanteilsschwellen auf 5 % herabgesetzt (Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerber gemäß Art 81 Abs 1 des Vertrages [nunmehr: Art. 101 Abs 1 AEUV] zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken [De-minimis]).

Im Ergebnis kann somit bereits ein Netz von Wettbewerbsbeschränkungen, etwa ein Bündel von Vertriebsverträgen, das in einem bestimmten räumlichen Markt, etwa im Gebiet eines EU-Mitgliedstaates, einen Marktanteil von mehr als 5 % erfasst und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt, zur Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts führen.

Unmittelbare Rechtswirkung

Die Vorschriften des Art 101 Abs 1 AEUV, des Art 102 AEUV, sowie der Durchführungsverordnungen, die vom Rat auf Grund des Art 103 AEUV oder von der Kommission auf Grund einer derartigen Ratsverordnung erlassen worden sind, gelten unmittelbar. Sie sind geeignet, individuelle Rechte zu begründen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot, damit zusammenhängend die Nichtigkeit von Vereinbarungen oder Beschlüssen, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder die Vorschriften einer Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission können daher auch vor dem nationalen Richter geltend gemacht werden.

Extraterritoriale Wirkung

Die Wettbewerbsregeln des AEUV enthalten keine ausdrücklichen Kollisionsnormen. Aber Art 101 AEUV ist auf Unternehmen anwendbar, ohne dass auf einen Sitz dieser Unternehmen in der EU abgestellt wird. Entscheidend ist nicht der Begehungsort, sondern Zweck oder Wirkung eines Wettbewerbsverstoßes. Kollisionsrechtlich ist in Art 101 AEUV also ein

Wirkungsstatut enthalten, im völkerrechtlichen Sinne wird an das Auswirkungsprinzip angeknüpft.

Auch Art 102 AEUV stellt - bezüglich des territorialen Anwendungsbereiches - auf die Folge der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ab. Wo der Missbrauch stattfindet, bzw. wo das handelnde Unternehmen seinen Sitz hat, ist nicht entscheidend.

Die Fusionskontroll-Verordnung erfasst alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Diese ergibt sich aus den Umsätzen der beteiligten Unternehmen im Binnenmarkt, sowie im weltweiten Maßstab (so hat die Kommission – im Gegensatz zu den zuständigen US-amerikanischen Behörden – die Fusion der beiden amerikanischen Unternehmen General Electric und Honeywell untersagt).

Das Auswirkungsprinzip wird freilich durch das Problem der Durchsetzung in Drittstaaten begrenzt.

Verhältnis zu anderen Rechtsordnungen

Die Bestimmungen der Art 101 f. AEUV erfassen bloß solche Wettbewerbsbeschränkungen, durch welche der Handel zwischen den Mitgliedstaaten berührt wird. Gemeinschafts- und nationales Kartellrecht kommen daher nebeneinander zur Anwendung. Normen- und Entscheidungskonflikte sind allerdings nach dem Prinzip des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes zu lösen. Die Anwendung des nationalen Kartellrechtes darf die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechtes nicht beeinträchtigen. Nationalen Stellen ist es daher verwehrt, unter das Verbot des Art 101 Abs 1 oder des Art 102 AEUV fallende Praktiken von Unternehmen zu genehmigen oder in anderer Weise zu begünstigen. Art 101 AEUV ist selbst dann anwendbar, wenn ein Kartell durch nationale Behörden ausdrücklich gebilligt worden ist.

Umgekehrt dürfen Kartelle, welche die Bedingungen des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllen, nicht nach nationalem Recht untersagt werden.

Im Konfliktfall muss somit jeweils das nationale Recht zurücktreten. Parallele Bußgeld-Verfahren wegen desselben Verhaltens sind zwar möglich, sie dürfen jedoch nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, Bußgelder im jeweils anderen Verfahren sind anzurechnen.

Schutz gegen staatliche Interventionen

Da die Wirtschaftspolitik nach wie vor überwiegend in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, drohen immer wieder Interventionen nationaler Behörden. Daher soll Art 106 AEUV die

Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen gewährleisten. Diese Bestimmung des AEUV hält die Mitgliedstaaten an, im Zusammenhang mit öffentlichen oder monopolartigen Unternehmen keine wettbewerbswidrigen Maßnahmen zu treffen.

Die Vorschriften über staatliche Beihilfen (Art 107 ff. AEUV) enthalten ein grundsätzliches Verbot, das durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen wird. Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, sowie Hilfsmaßnahmen zur Beseitigung der Folgen von Katastrophen sind allgemein zulässig. Andere Beihilfen können von Fall zu Fall genehmigt werden. Dies gilt etwa für die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung bestimmter Regionen oder für die Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,

Kommentar, 2005

Kartelle

im österreichischen Kartellrecht

Kartelle

Als Kartelle gelten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Sie sind verboten (§ 1 Abs 1 KartG 2005).

Vereinbarungen sind entweder Verträge (Vertragskartelle) oder Absprachen (Absprachekartelle). Was unter Vertrag zu verstehen ist, richtet sich nach den Bestimmungen des ABGB. Es müssen jedenfalls einander entsprechende Willenserklärungen vorliegen (§ 861 ABGB). Vielfach werden Kartelle in der Form einer GesbR oder einer GmbH durchgeführt (dann fällt der Gesellschaftsvertrag unter „Vereinbarung“ iSv § 1 Abs 1 KartG 2005). Die frühere Sonderbehandlung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ist mit dem KartG 2005 fallen gelassen worden.

Die Wettbewerbsbeschränkung kann Gegenstand einer Vereinbarung sein, ohne Zweck dieses Vereinbarungsabschlusses zu sein (begleitende Wettbewerbsbeschränkung, zB im Rahmen eines Unternehmenskaufes).

Für die Unternehmereigenschaft iSd KartG 2005 ist weder die Gewerbeordnung, noch die Eintragung in das Firmenbuch von entscheidender Bedeutung. Es kommt vielmehr auf die unternehmerische Tätigkeit an, unabhängig davon, ob die Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausgeübt wird, ob überhaupt ein Geschäftsbetrieb vorliegt und ob die Absicht der Gewinnerzielung besteht (vgl dazu die Unternehmen der öffentlichen Hand).

Auch freiberuflich tätige Personen fallen unter den Unternehmerbegriff. Die Deckung des privaten Verbrauches (auch von Unternehmern) stellt dagegen keine unternehmerische Betätigung iSv § 1 Abs 1 KartG 2005 dar. Vereine, die nach den Bestimmungen des Vereinsgesetzes errichtet wurden, sich aber (etwa durch die Ausrichtung öffentlicher Veranstaltungen gegen Eintrittsgeld) zu bedeutenden Wirtschaftssubjekten entwickelt haben, sind Unternehmer iSd § 1 Abs 1.

Unter Umständen kann schon ein potentieller Unternehmer, also jemand, der derzeit (jedenfalls auf dem betroffenen Markt) nicht als Anbieter oder Nachfrager tätig ist, dazu aber in absehbarer Zeit fähig wäre, den Tatbestand des § 1 Abs 1 KartG 2005 erfüllen. Nämlich dann, wenn er sich verpflichtet, sich nicht als Wettbewerber zu betätigen oder im Falle seiner Betätigung Wettbewerbsbeschränkungen einzuhalten.

Die Wettbewerbsbeschränkung kann insbesondere die Erzeugung, den Absatz, die Nachfrage oder die Preise betreffen. Sie besteht in einer Beschränkung der Handlungsfreiheit im Wettbewerb. Diejenige Partei, die einer anderen eine Beschränkung auferlegt, schützt sich dadurch vor Wettbewerb, den die gebundene Partei sonst unmittelbar oder mittelbar durchführen könnte. Die Marktgegenseite verliert dadurch eine Möglichkeit, zwischen Alternativen auszuwählen.

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern (oder Unternehmervereinigungen), durch welche der Wettbewerb beschränkt werden soll oder, ohne dass dies beabsichtigt ist, tatsächlich bewirkt wird, sind sog. Verhaltenskartelle. Diese Bestimmung des § 1 Abs 1 KartG 2005 gilt als Auffangtatbestand, wenn Vereinbarungen oder Beschlüsse nicht nachgewiesen werden können.

Die Verhaltensweisen dürfen nicht marktbedingt, müssen aber marktbezogen sein (zB Preiserhöhungen). Sie müssen in einem Kausalzusammenhang mit einer Abstimmung stehen. Bei einer Abstimmung verständigen oder unterrichten sich die Beteiligten über ihre Absichten. Sie müssen darüber hinaus die Verwirklichung dieser Absichten voneinander abhängig machen. Der Adressat einer Erklärung muss zwar sein Einvernehmen signalisieren, die Verständigung geht aber nicht so weit, dass sie den Grad einer Vereinbarung erreichen würde. Die Abstimmung kann etwa im Rahmen von Sitzungen oder durch telefonische Kontaktnahme erfolgen.

Die Ankündigung von Preiserhöhungen durch einen Preisführer ist dagegen unbedenklich, solange die möglichen Adressaten dieser Erklärung (Mitbewerber) nicht noch vor der Erhöhung signalisieren, dass sie mitziehen würden. Auch unbewusstes Parallelverhalten ist nicht tatbestandsmäßig iSd § 1 Abs 1 KartG 2005.

Das Kartellgericht hat auf Antrag festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem KartG 2005 unterliegt, ob etwa eine abgestimmte Verhaltensweise iSv § 1 Abs 1 KartG 2005 vorliegt (§ 28 Abs 2 KartG 2005), bzw ob gegen ein kartellgesetzliches Verbot Zuwiderhandlungen gerichtet waren, die bereits beendet sind (§ 28 Abs 1 KartG 2005).

Empfehlungskartelle

Einem Kartell iSd §1 Abs 1 KartG 2005 stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle, § 1 Abs 4 KartG 2005).

Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich und unmissverständlich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird. Unter dem Begriff Druck ist die Androhung eines Nachteils zu verstehen, die objektiv geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen zu beeinträchtigen. Der angedrohte Nachteil muss nicht rechtswidrig sein.

Als Empfehlungen gelten auch mit Preisangaben versehene Ankündigungen, die nicht vom Letztverkäufer stammen und dem Letztverbraucher bekannt werden. Zulässig sind also bloß unverbindliche Preisempfehlungen.

Bagatellkartelle

Bagatellkartelle sind Kartelle von Unternehmern, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5 Prozent und an einem allfälligen inländischen Teilmarkt von nicht mehr als 25 Prozent haben (§ 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005). Bagatellkartelle sind vom Verbot nach § 1 Abs 1 KartG 2005 ausgenommen, selbst wenn ihr Bestehen rechtskräftig festgestellt wurde (§ 28 KartG 2005).

Kartellverbot

Kartelle sind verboten (§ 1 Abs 1 KartG 2005). Ausgenommen sind Kartelle, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten (§ 2 Abs 1 KartG 2005).

Gewisse Ausnahmen vom Kartellverbot bestehen auch für Maßnahmen im Zusammenhang mit der Buchpreisbindung, für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern („Genossenschaftsprivileg“), für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Mitgliedern bestimmter Kreditinstitutsgruppen und für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben (§2 Abs 2 KartG 2005).

Nichtigkeit

Die nach § 1 Abs 1 KartG 2005 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig (§ 1 Abs 3 KartG 2005). Ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit der betroffenen Vereinbarung oder des betroffenen Beschlusses vorliegt, hängt vom Normzweck ab. Nichtig sind jedenfalls jene Teile, welche eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung enthalten. Die Teilnichtigkeit kann aber zur Gesamtnichtigkeit führen, wenn die wettbewerbsbeschränkende Bestimmung nicht gestrichen werden kann, ohne dass der Hauptzweck des übrigen Teils berührt wird. Gegebenenfalls können sich aus der Nichtigkeit Schadenersatzansprüche anderer Marktteilnehmer ergeben.

Freistellungsverordnungen

Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs 1 KartG 2005 vom Kartellverbot ausgenommen sind (§ 3 Abs 1 KartG 2005).

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkommentar, 2007

Kartelle

im EU-Kartellrecht

Art 101 Abs 1 AEUV

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;**
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;**
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;**
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;**
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.**

Normadressaten des Art 101 AEUV sind Unternehmen, Unternehmensvereinigungen, sowie Zusammenschlüsse derartiger Vereinigungen. Der EuGH orientiert sich am funktionalen Unternehmensbegriff, Unternehmen ist demnach jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von Rechtsform, Gewinnerzielungsabsicht und Rechtsfähigkeit nach nationalem Recht. Daher sind nicht nur Künstler, sondern uU auch Sportvereine Unternehmer.

Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die den Wettbewerb verfälschen, sind mit dem Gemeinsamen Markt prinzipiell unvereinbar und daher verboten. Der Begriff Vereinbarung stimmt im wesentlichen mit dem Vertragsbegriff des ABGB (vgl § 861 ABGB) überein. Vereinbarungen kommen durch den Austausch wechselseitiger, sich entsprechender Willenserklärungen, durch die wenigstens einer der Beteiligten zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet wird, zustande. Sie können schriftlich, mündlich oder konkludent abgeschlossen werden. Der Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV umfasst sowohl horizontale, wie vertikale Vereinbarungen.

Beschlüsse sind Willensäußerungen eines nach den Statuten zuständigen Organs einer Unternehmensvereinigung, die im Einklang mit den Bestimmungen der Statuten zustande gekommen sind. Die Beschlüsse müssen sich unmittelbar oder mittelbar an die Mitglieds-Unternehmen richten und diese zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten.

Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen wird als Auffangtatbestand verwendet, um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt (EuGH), zu erfassen.

Eine Verhaltensabstimmung wird insbesondere durch den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen (zB über Preise) zwischen Konkurrenten vorgenommen, um damit die Ungewissheit über ihr künftiges Verhalten am Markt zu beseitigen.

Zwischenstaatlicher Handel

Wettbewerbsbeschränkungen werden vom Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV nur dann erfasst, wenn sie geeignet sind, den Handel zwischen EG-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dadurch soll der Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechtes von demjenigen des innerstaatlichen Rechtes abgegrenzt werden. Der Begriff des zwischenstaatlichen Handels darf nicht wörtlich ausgelegt werden, er umfasst nicht nur den Handel, sondern den gesamten Wirtschaftsverkehr, also etwa auch den Dienstleistungsverkehr (zB Zahlungsverkehr).

Auch Wettbewerbsbeschränkungen, an welchen sich nur Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat beteiligen und welche nur den entsprechenden nationalen Markt betreffen, können das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung iSd Art 101 Abs 1 AEUV erfüllen. Nämlich dann, wenn sich diese Wettbewerbsbeschränkung auf das gesamte

Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erstreckt und damit ihrem Wesen nach geeignet ist, zur Abschottung des nationalen Marktes beizutragen. Die Auswirkungen derartiger wettbewerbsbeschränkender Praktiken müssen jedoch konkret festgestellt werden.

Spürbarkeit

Wettbewerbsbeschränkungen müssen darüber hinaus auch spürbar, dh gemeinschaftsrelevant sein. Kartelle im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV sind somit nur dann verboten, wenn sie eine spürbare Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken und wenn sie überdies geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (De-minimis) das Merkmal der Spürbarkeit quantifiziert: Der Marktanteil der beteiligten Unternehmen darf dann, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmen geschlossen wird, die tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber auf dem relevanten Markt sind, nicht größer sein als 10 %, dann, wenn die Vereinbarung zwischen Unternehmen geschlossen wird, die keine tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber auf diesen Märkten sind, 15 % nicht überschreiten. Wird in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt, die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (kumulativer Marktabschottungseffekt durch nebeneinander bestehende Netze von Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben), werden die oben genannten Marktanteilsschwellen auf 5 % herabgesetzt.

Wettbewerbsbeschränkung

Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union findet sich keine Definition des Wettbewerbsbegriffes. Allerdings haben die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH zu einer Konkretisierung geführt. Dabei wurde einerseits auf das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs, andererseits auf die Theorie der Wettbewerbsfreiheit abgestellt.

Kartelle sind dann verboten, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Beispiele für derartige Wettbewerbsbeschränkungen zählt der AEUV in Art 101 Abs 1 lit a) bis e) auf. Unter Verhinderung ist der totale Ausschluss jeden Wettbewerbs gemeint. Eine Einschränkung des Wettbewerbs liegt schon bei jeder sonstigen Wettbewerbsbeschränkung vor. Verboten ist aber auch jede Verfälschung des Wettbewerbs. Geschützt wird nicht nur der Wettbewerb zwischen den Waren oder Leistungen verschiedener Hersteller (Interbrand-Wettbewerb), sondern auch der Wettbewerb zwischen Waren oder Leistungen desselben Herstellers (Intrabrand-Wettbewerb).

Die Wettbewerbsbeschränkung muss Zweck oder Wirkung der Vereinbarung, des Beschlusses oder der abgestimmten Verhaltensweise sein. Der Zweckbegriff hat eine objektive Bedeutung, auf die subjektiven Absichten kommt es nicht an. Insofern wird auch der untaugliche Versuch einer Wettbewerbsbeschränkung nicht vom Verbot erfasst. Ergibt die

Prüfung jedoch, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt war, brauchen die Auswirkungen nicht mehr ermittelt zu werden.

Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen, die zwar keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, aber eine solche bewirken, fallen ebenfalls unter das Kartellverbot. Dabei sind nicht nur die unmittelbaren, sondern auch die möglichen Wirkungen zu berücksichtigen. Es genügt, dass sich die Wirkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft ergeben wird.

Akzessorische Wettbewerbsbeschränkungen, also Vertragsklauseln, die neutral abgefasst sind und als solche keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, teilen das Schicksal der wettbewerbsbeschränkenden Hauptpflichten, wenn sie deren Durchsetzung ermöglichen, erleichtern oder sichern.

Im Unterschied zum US-amerikanischen Antitrust-Recht findet im EG-Kartellrecht keine rule of reason Anwendung. Es können also nicht bereits im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV die Vor- und Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung berücksichtigt werden und es kann nicht bei Überwiegen der Vorteile vorab der Tatbestand eines Verstoßes gegen das Kartellverbot verneint werden.

Allerdings haben Kommission und EuGH Tatbestände herausgearbeitet, bei denen das Kartellverbot nicht anwendbar ist. Bei Wettbewerbsbeschränkungen in Unternehmensveräußerungsverträgen wird etwa davon ausgegangen, dass diese nicht gegen Art 101 Abs 1 AEUV verstoßen, soweit sie für die Übertragung des Unternehmens

erforderlich und in ihrer Geltungsdauer und ihrem Anwendungsbereich strikt auf diesen Zweck beschränkt sind.

Beispielfälle

Aus dem Wortlaut des Art 101 Abs 1 AEUV („insbesondere“) folgt, dass die Aufzählung demonstrativen Charakter hat. Die Vorschrift in lit a) zielt auf Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen zur Festsetzung von Preisen ab. Auch Absprachen über Preisbestandteile, etwa die Beschränkung von Preisnachlässen, werden erfasst. Im gleichen Ausmaß fallen Absprachen zur Festlegung von Geschäftsbedingungen (zB von Zahlungsfristen, Lieferbedingungen, Öffnungszeiten, usw) unter das Kartellverbot.

Absprachen über Produktions-, bzw. Lieferquoten führen zu einer Einschränkung (oder zumindest Kontrolle) der Erzeugung oder des Absatzes. Teilweise werden Ausgleichszahlungen zur Einhaltung dieser Quoten fixiert. Die Aufteilung des Marktes nach Gebieten kann etwa durch Exportverbote vollzogen werden. Diskriminierende Absprachen liegen insbesondere dann vor, wenn sich Unternehmen verpflichten, bestimmten Abnehmern günstigere Preise zu berechnen als sonstigen Kunden. Als Koppelungsgeschäft wird etwa vom Kartellverbot erfasst, wenn der Lizenznehmer die auf der Basis eines Patentes hergestellten Teile nicht separat, sondern nur im Rahmen eines Komplettangebotes vertreiben darf.

Art 101 Abs 2 AEUV

Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

Eine nichtige Vereinbarung erzeugt in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden. Entsprechendes gilt für Beschlüsse. Die Nichtigkeitsfolge tritt automatisch ein, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung der Kommission oder eines ordentlichen Gerichtes bedürfte. Allerdings können die von der Nichtigkeit nicht erfassten Teile einer Vereinbarung oder eines Beschlusses gültig bleiben, wenn dies dem vermuteten Parteiwillen entsprechen würde.

Art 81 AEUV ist (ebenso wie Art 82 AEUV) eine Schutznorm iSd § 1311 ABGB, deren Verletzung die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz nach sich ziehen kann. Daneben kommen Ansprüche auf Unterlassung (insbesondere in Verbindung mit Bestimmungen des UWG) in Frage. Die Kommission kann wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot Bußgelder von bis zu zehn Prozent des Umsatzes eines Unternehmens verhängen.

Art 101 Abs 3 AEUV

Die Bestimmungen des Absatzes (1) können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,**
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,**
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,**

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) **Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder**
- b) **Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.**

Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen müssen von den beteiligten Unternehmen (und deren Rechtsberatern) selbst danach beurteilt werden, ob sie die Bedingungen des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllen (Verordnung [EG] Nr 1/2003). Voraussetzung ist, dass die Absprache allen in Art 101 Abs 3 AEUV aufgezählten Kriterien entspricht. Die Beweislast liegt bei den betroffenen Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen. Abgesehen von Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft gibt es also seit dem 1. Mai 2004 keine Entscheidung der Kommission im Einzelfall, ob die Voraussetzungen von Art 101 Abs 3 AEUV vorliegen. Die Freistellung von bestimmten Gruppen von Absprachen (durch EG-Gruppenfreistellungsverordnungen) bleibt aber aufrecht.

Eine Absprache trägt dann zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bei, wenn sie spürbare objektive Vorteile hervorbringt, die geeignet sind, die mit einer Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteile auszugleichen. Als objektive Vorteile kommen etwa der Abbau von Überkapazitäten oder die Einsparung mehrfacher Forschungs- und Entwicklungskosten in Frage. Besonders positiv wird auch die Erschließung neuer Märkte bewertet.

An dem aus der Wettbewerbsbeschränkung entstehenden Gewinn sind die Verbraucher (nicht bloß die Endverbraucher, sondern alle Abnehmer) angemessen zu beteiligen. Unter Gewinn sind alle entsprechenden Vorteile, also nicht nur Preissenkungen, sondern etwa auch der Zugang zu technologisch hochwertigen Produkten zu verstehen. Die Beteiligung ist angemessen, wenn der Vorteil für die Verbraucher die sich aus der Wettbewerbsbeschränkung ergebenden Nachteile übersteigt.

Die Wettbewerbsbeschränkung muss unerlässlich sein. Es ist daher zu überprüfen, ob die mit den Wettbewerbsbeschränkungen angestrebten Verbesserungen nicht auch durch andere, den Wettbewerb weniger beschränkende und für die Beteiligten zumutbare Mittel erreicht werden könnten.

Weiters muss auf dem betroffenen Markt der Fortbestand wirksamen Wettbewerbs gesichert sein. Wird durch die Absprache etwa der Intra-brand-Wettbewerb eingeschränkt, ist darauf zu achten, ob der Inter-brand-Wettbewerb erhalten bleibt. Weisen die an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von mehr als 50 Prozent auf, führt dies in der Regel zu erheblichen Zweifeln am Fortbestehen wirksamen Wettbewerbs.

Eine Gruppenfreistellung erfolgt durch eine Verordnung iSv Art 103 AEUV. In der Regel wird die Kommission vom Rat zum Erlass einer Gruppenfreistellungsverordnung ermächtigt. Die Gruppenfreistellungsverordnungen für Spezialisierungsvereinbarungen, für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, sowie für Vereinbarungen zwischen Versicherungsunternehmen betreffen horizontale Wettbewerbsbeschränkungen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,

Kommentar, 2005

Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Verträgen (KartG)

Vertikale Vertriebsbindungen

Vertikale Vertriebsbindungen sind Verträge, durch welche Unternehmer im Bezug oder Vertrieb von Waren beschränkt werden. Die Bindung geht auf einen Unternehmer einer anderen Vertriebsstufe zurück, die Beschränkung kann sich auch auf die Inanspruchnahme oder Erbringung von Leistungen beziehen.

Von Vertriebsbindungen sind Preisbindungen zu unterscheiden, die einen oder mehrere Angehörige einer, mehrerer oder aller nachfolgenden Wirtschaftsstufen an gleiche Preise binden. Sowohl Vertriebsbindungen wie auch Preisbindungen unterliegen den allgemeinen Bestimmungen über Kartelle (§ 1 KartG 2005).

§ 1 Abs 1 KartG 2005 erfasst nicht nur die Bindung im Vertrieb ("Vertriebsbindung"), sondern auch im Bezug von Waren oder der Inanspruchnahme von Leistungen. Neben Vertriebsbindungen im engeren Sinn sind somit auch vertikale Alleinbezugsbindungen, Verwendungsbeschränkungen und Koppelungsverträge dem § 1 KartG 2005 zu unterstellen.

In jedem Fall betreffen derartige Bindungen einen oder mehrere Unternehmer einer, mehrerer oder aller vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen ("vertikal") und beschränken die

Gebundenen im Wettbewerb. Die Bindung kann im Zusammenhang mit einer aktuellen oder einer potentiellen Geschäftsverbindung stehen. Sie kann im Hauptvertrag (Austauschvertrag) oder als Nebenabrede vereinbart werden.

Durch eine Alleinbezugsvereinbarung wird der Gebundene verpflichtet, bestimmte Waren ausschließlich vom Vertragspartner zu beziehen bzw. bestimmte Leistungen ausschließlich beim Vertragspartner in Anspruch zu nehmen. Der Gebundene darf andere, selbst günstigere Angebote nicht annehmen.

Die Beschränkung kann sachlich, persönlich oder räumlich begrenzt sein. In der Praxis kommen Alleinbezugsvereinbarungen insbesondere in Form von Tankstellenverträgen (Alleinbezugsbindung an eine bestimmte Mineralölgesellschaft), Bierlieferungsverträgen (Bezugsbindung an eine bestimmte Brauerei) oder Franchiseverträgen vor.

Durch eine Alleinvertriebsvereinbarung wird einem Vertragshändler das Recht eingeräumt, Waren des Herstellers oder Großhändlers zu bestimmten Konditionen, insbesondere in einem bestimmten Vertragsgebiet, vertreiben zu dürfen. Dann wird also eine Verpflichtung des Herstellers oder Großhändlers vereinbart, in diesem Vertragsgebiet nur diesen Vertragshändler zu beliefern. Verpflichtet der Hersteller oder Großhändler die Vertragshändler anderer Vertragsgebiete, die Waren jeweils nur in ihrem eigenen Vertragsgebiet zu vertreiben, also nicht in andere Vertragsgebiete zu liefern, stellt dies die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes dar, der jeden Wettbewerb ausschließt.

Durch einen Franchisevertrag wird dem Franchisenehmer das Recht eingeräumt, bestimmte Waren oder Dienstleistungen unter Verwendung von Name, Marke, Ausstattung usw des Franchisegebers zu vertreiben. Der Franchisegeber stellt dem Franchisenehmer seine gewerblichen und technischen Erfahrungen zur Verfügung, sorgt für eine entsprechende Schulung aber auch für eine Kontrolle der Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers. In der Regel begründen Franchiseverträge auch eine Alleinbezugspflicht des Franchisenehmers, welche vielfach einem Alleinvertriebsrecht des Franchisenehmers für ein bestimmtes Gebiet entspricht.

Im Rahmen von Fachhandelsbindungen wird Großhändlern (von Produzenten) vorgeschrieben, bestimmte Waren nur an qualifizierte Fachhandelsgeschäfte zu liefern. Für die kartellrechtliche Beurteilung ist entscheidend, ob diese autorisierten Händler nach bestimmten Kriterien (spezialisiertes Fachhandelsgeschäft, Geschäftsausstattung, Ausbildung des Personals, usw) oder willkürlich ausgewählt werden.

Verwendungsbeschränkungen sind eine Unterart von Alleinbezugsbindungen: Sie beschränken einen Unternehmer bei der Benutzung bestimmter Waren. Eine Verwendungsbeschränkung liegt etwa in der Verpflichtung des Mieters eines Kopiergerätes, nur Papier des Herstellers zu verwenden, oder in der Verpflichtung einer KFZ-Werkstätte, bei Reparaturen eines bestimmten Fahrzeuges nur vom Hersteller gelieferte Originalersatzteile einzusetzen.

Soweit ein Unternehmer verpflichtet wird, im Rahmen des Erwerbes bestimmter Waren oder der Inanspruchnahme bestimmter Leistungen auch andere Waren oder Leistungen

abzunehmen, liegt ein Koppelungsvertrag vor. Ein typischer Anwendungsfall liegt im Tankstellenvertrag, bei welchem Mineralölgesellschaften die Lieferung von Treibstoffen mit der Abnahme von Motorölen oder Pflegemitteln verbinden.

Freistellungsverordnungen

Im Sinne der Ermächtigung des § 30e Abs 1 KartG 1988 hat der Bundesminister für Justiz zuletzt im Jahr 2002 eine Verordnung über die Freistellung von vertikalen Vertriebsbindungen erlassen (BGBl II Nr 486/2002). Demnach sind vertikale Vertriebsbindungen, auf die Art 101 Abs 1 AEUV nicht anzuwenden ist (weil sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, bzw. keinen nationalen Markt abschotten und auch nicht spürbar sind), vom Kartellverbot ausgenommen, wenn die Vertriebsbindungen sinngemäß den Freistellungs Voraussetzungen einer der bezug habenden EG-Gruppenfreistellungsverordnungen entsprechen. Dies gilt für die Gruppenfreistellungsverordnungen für

- vertikale Vereinbarungen (Verordnung [EU] Nr 330/2010) und für
- vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor (Verordnung [EU] Nr 461/2010)

Erfüllen Vertriebsbindungen die Voraussetzungen der Verordnung des Justizministers, müssen sie zwar angezeigt, können aber selbst bei einem entsprechenden Antrag nicht untersagt werden. Durch § 3 KartG 2005 wurde die bestehende Ermächtigung des Bundesministers für Justiz zur Erlassung von Freistellungsverordnungen erweitert, indem dieser (im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) bestimmte

Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs 1 KartG 2005 durch Verordnung ausnehmen und darin auf die jeweilige Fassung einer VO nach Artikel 101 Abs 3 AEUV verweisen kann. Seit Inkrafttreten des KartG 2005 wurde von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch gemacht.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkomentar, 2007

Wettbewerbsbeschränkungen

in vertikalen Verträgen

(EU-Gruppenfreistellungsverordnungen)

Art 101 AEUV erfasst nicht nur horizontale Wettbewerbsbeschränkungen (klassische Kartelle), sondern auch vertikale Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, also wettbewerbsbeschränkende Liefer- und Bezugsabsprachen oder Absprachen über gewerbliches und geistiges Eigentum zwischen Unternehmen verschiedener Produktions- und/oder Vertriebsstufen.

Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Art 101 Abs 1 AEUV setzt freilich die Eignung voraus, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Handel ist nicht wörtlich zu verstehen, erfasst wird der gesamte Wirtschaftsverkehr, also auch die Produktion oder die Erbringung von Dienstleistungen. Die Bedeutung der Zwischenstaatlichkeitsklausel ist gering, da es für ihre Erfüllung nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH bereits genügt, dass die betreffende Maßnahme aufgrund der gesamten Rahmenumstände geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die für die Verwirklichung der Ziele des Binnenmarktes nachteilig sein kann, weil sie die vom AEUV gewollte gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte erschweren. Die Verhinderung der Abschottung nationaler Märkte stellt ja ein besonders wichtiges Ziel des europäischen Kartellrechts dar.

Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung wie auch der Handelsbeeinträchtigung werden sowohl bloß theoretische, wie auch wirtschaftlich völlig unbedeutende Störungen des Wettbewerbs dem Kartellverbot entzogen. Es handelt sich dabei um ein quantitatives Kriterium. Gefragt wird, welches Maß an Auswirkungen eine gewisse Praktik nach sich zieht.

Im Vordergrund der Prüfung steht regelmäßig die Größe des Marktanteils. Die Kommission hat mit ihrer De-minimis-Bekanntmachung die Kriterien für das Vorliegen von Spürbarkeit quantifiziert (Marktanteil der an einer vertikalen Vereinbarung beteiligten Unternehmer in einem räumlich relevanten Markt über 10 % - Wettbewerber, bzw über 15 % - Nichtwettbewerber, bzw über 5 % - bei Netzen mit kumulativer Wirkung). Der Europäische Gerichtshof geht davon aus, dass Art 101 Abs 1 AEUV nicht anwendbar ist, wenn die Beteiligten an einer bestimmten Vereinbarung nur eine schwache Marktstellung haben und die Wettbewerbsverhältnisse daher nur geringfügig beeinträchtigt werden. Die Spürbarkeit wird in der Regel nur dann verneint, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen unter 1 Prozent liegt.

Dabei können auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen eines einzelnen Mitgliedstaates aufgrund der Gesamtheit der wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände geeignet sein, den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Insbesondere dann, wenn der Wettbewerb durch die kumulativen Auswirkungen eines Netzes oder paralleler Netze gleichartiger Vereinbarungen beschränkt wird. Ein einzelner Alleinvertriebsvertrag kann etwa dann gegen Art 101 Abs 1 AEUV verstoßen, wenn er

zusammen mit einer Vielzahl weiterer Alleinvertriebsverträge den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt.

Wenn ein Alleinvertriebsvertrag einen absoluten Gebietsschutz für den Händler vorsieht, durch den die Kontrolle und Behinderung von Parallelimporten ermöglicht werden soll, erübrigt sich für den EuGH regelmäßig die Prüfung des Tatbestandselementes der Spürbarkeit, er nimmt fast immer einen Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV an.

Um den Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV zu verwirklichen, muss die Wettbewerbsbeschränkung, auch im Rahmen vertikaler Vereinbarungen, nicht bezweckt sein, es genügt bereits, wenn sie - selbst unbeabsichtigt - bewirkt wird.

Wettbewerbsbeschränkungen durch Warenabsatzsysteme

Bei Warenabsatzsystemen unterscheidet man - je nach der Integration der Absatzmittler in das Vertriebssystem des Herstellers - Handelsvertreter, Kommissionäre, Franchisenehmer, Alleinbezugshändler, Groß- bzw. Einzelhändler sowie Alleinvertriebshändler. Diese verschiedenen Absatzformen unterliegen einer unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung. Dabei sind Handelsvertreter-Verträge entsprechend den Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen dem Anwendungsbereich des Art 101 Abs 1 AEUV dann entzogen, wenn der Vertreter keine oder nur unbedeutende finanzielle oder geschäftliche Risiken trägt (Rz 12ff der Leitlinien). Dagegen können Liefer- und

Bezugsvereinbarungen jedenfalls dann die Tatbestandsvoraussetzungen des Art 101 Abs 1 AEUV erfüllen, wenn sie ausschließliche Verpflichtungen zum Gegenstand haben.

Alleinvertriebsvereinbarungen sind dadurch charakterisiert, dass sich ein Lieferant verpflichtet, in einem bestimmten Vertragsgebiet ausschließlich einen bestimmten Wiederverkäufer zu beliefern. Dadurch wird der Wiederverkäufer - in seinem Gebiet - weitgehend vor dem Wettbewerb anderer Händler geschützt.

Alleinvertriebsverträge stellen für den Lieferanten ein interessantes Instrument zur Erschließung neuer Märkte dar. Er kann sein Absatzgebiet ohne eigene Investitionen erweitern und profitiert von den lokalen Marktkenntnissen seines Vertriebshändlers. Alleinvertriebsverträge sind daher insbesondere im grenzüberschreitenden Handel stark verbreitet.

Der Alleinvertriebshändler kann darauf vertrauen, dass seine Verkaufsbemühungen in seinem Vertragsgebiet im wesentlichen ihm selbst zugute kommen werden, was besonders bei der Einführung neuer Produkte von erheblicher Bedeutung sein kann. Da dem Lieferanten durch solche Vereinbarungen verboten wird, im Vertragsgebiet Wettbewerber des Alleinvertriebshändlers zu beliefern, kann aber ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV vorliegen (zwischenstaatlicher Handel, Spürbarkeit).

Durch die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. 4. 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen wird das Kartellverbot des AEUV auf bestimmte

Gruppen von vertikalen Vereinbarungen als nicht anwendbar erklärt. Auch nach den Bestimmungen dieser Gruppenfreistellungsverordnung müssen aber jedenfalls Parallelimporte möglich bleiben, die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes ist nicht gedeckt, auch nicht über gewerbliche Schutzrechte.

Auf Grund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der KFZ-Industrie und der Vielzahl von KFZ-Händler-Abkommen hat die Europäische Kommission eine eigene Verordnung über die Anwendung von Art 101 Abs 3 E AEUV auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor herausgegeben. Durch diese Teils am 1. Juni 2010, Teils am 1. Juni 2013 in Kraft tretende neue Gruppenfreistellungsverordnung werden Fahrzeughandel und Werkstättenbetrieb einem unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Regime unterstellt, die Lieferanten (in der Regel Hersteller oder Generalimporteure) können – abhängig von den Marktanteilen – zwischen Alleinvertriebsvereinbarungen (mit exklusiven Vertragsgebieten), quantitativen selektiven Vertriebssystemen und qualitativen selektiven Vertriebssystemen wählen. Der Mehrmarkenvertrieb kann wieder stärker eingeschränkt werden, insgesamt hat die neue Verordnung die Position der Hersteller gegenüber den Markenhändlern, bzw. Markenwerkstätten gestärkt.

Gemäß Art 1 lit e der Verordnung (EU) Nr 330/2010 der Kommission sind Vertriebssysteme dann „selektiv“, wenn sich der Lieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder -Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die auf Grund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Anders als beim quantitativ selektiven Vertrieb, also etwa bei

Vertriebsverträgen in der KFZ-Branche, kommt es beim qualitativ selektiven Vertrieb, also insbesondere bei den Fachhandelsbindungen, nicht auf eine feststehende Begrenzung der Zahl der Händler, sondern auf die Erfüllung bestimmter Vertriebskriterien an. Daher können im Rahmen eines qualitativ selektiven Vertriebssystems mehrere Wiederverkäufer in unmittelbarer Nachbarschaft tätig werden, während andere Regionen überhaupt keine Betreuung finden (weil dort kein ausreichend qualifizierter Händler seinen Sitz hat oder eine Verkaufs- oder Auslieferungsstelle eingerichtet hat).

Der Lieferant ist ja, solange er keine beherrschende Stellung hat, grundsätzlich frei, seine Absatzwege und Wiederverkäufer auszuwählen. Durch ein selektives Vertriebssystem soll in der Regel der gute Ruf einer Marke aufgebaut oder verstärkt werden. Vielfach wird durch Verkaufsförderungspflichten des Fachhändlers eine Stärkung der Marktstellung des Produktes angestrebt.

Soweit einfache Fachhandelsbindungen bloß dazu dienen, fachlich ungeeignete Händler von einem Vertriebssystem auszuschließen, liegt kein Verstoß gegen das Kartellverbot vor. Es ist also zulässig, Wiederverkäufer auf Grund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art auszuwählen, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals, das Erfordernis angemessener Verkaufsräume oder die Verpflichtung zur Erbringung von Kundendienstleistungen beziehen, sofern diese Voraussetzungen einheitlich auf alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewandt werden.

Quer- und Rücklieferungsverbote, Gebietsschutzabsprachen, die Nichtzulassung oder Nichtbelieferung von objektiv qualifizierten Händlern und die Einflussnahme des Lieferanten auf die Endverbraucherpreise werden von der Kommission und vom EuGH dagegen kritisch beurteilt.

Franchiseverträge begründen eine besondere Art der Kooperation zwischen unabhängigen Unternehmen auf der Grundlage einer gemeinsamen Marke und unter Umsetzung bestimmter Kenntnisse. Im Rahmen des Dienstleistungsfranchising bietet der Franchisenehmer eine Dienstleistung unter der Geschäftsbezeichnung, dem Handelsnamen oder dem Warenzeichen des Franchisegebers und in Übereinstimmung mit dessen Richtlinien an.

Beim Produktionsfranchising stellt der Franchisenehmer nach den Anweisungen des Franchisegebers Waren her, die er unter dessen Warenzeichen verkauft. Beim Vertriebsfranchising beschränkt sich der Franchisenehmer auf den Verkauf bestimmter Waren in einem Geschäft mit der Geschäftsbezeichnung des Franchisegebers. Dabei ist zwischen einer Herstellerfranchise (der Franchisenehmer veräußert Waren mit dem Namen oder der Marke des Franchisegebers, z.B. Kosmetika oder Uhren) und einer Kettenfranchise (es werden unterschiedliche Produkte verschiedenen Ursprungs verkauft) zu unterscheiden.

Die Weitergabe bewährter Geschäftsmethoden führt in der Regel zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit aller Beteiligten. Der Franchisegeber kann mit beschränkten Mitteln ein eigenes Vertriebsnetz aufbauen, der Franchisenehmer erhält die Chance, sich als selbständiger Unternehmer zu etablieren. Dadurch wird der Marktzutritt neuer Anbieter erleichtert, der Interbrand-Wettbewerb zwischen Waren verschiedener Hersteller belebt.

Die Behinderung des Preiswettbewerbs, das Verbot einer aktiven Absatzpolitik außerhalb des eigenen Vertragsgebietes oder eine sonstige Marktaufteilung können allerdings unter das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV fallen.

Im Rahmen von Alleinbezugsvereinbarungen verpflichtet sich ein Wiederverkäufer gegenüber einem Lieferanten, bestimmte Waren nur von ihm oder von einem vom Lieferanten autorisierten Unternehmen zu beziehen. Alleinbezugsverträge dienen in der Regel nicht dem Zweck, in neue Märkte vorzudringen, sondern sollen den bereits bestehenden Absatz absichern. Dem Wiederverkäufer wird dabei aber kein abgegrenztes Vertragsgebiet zugewiesen.

Während bei Alleinvertriebsverträgen vorwiegend der Wettbewerb zwischen Händlern, die dieselbe Marke vertreiben (Intrabrand-Wettbewerb), beeinträchtigt wird, liegen die von Alleinbezugsvereinbarungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen in einer Verkürzung der Nachfrage, da der Händler als Abnehmer solcher Waren ausfällt, die mit den Vertragswaren konkurrieren (Interbrand-Wettbewerb). Insbesondere bei längerfristigen Bindungen wird die Funktion von Angebot und Nachfrage zum Nachteil der Wettbewerber ausgeschaltet.

Soweit die Wettbewerbsbeeinträchtigung spürbar ist und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt wird, unterliegen Alleinbezugsvereinbarungen dem Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV. Bei der kartellrechtlichen Beurteilung ist besonders auf das Vorliegen gleichartiger Parallelverträge und auf die Auswirkungen derartiger Netze zu

achten. Im Gegensatz zur Behandlung von Alleinvertriebsverträgen werden aber nur solche Vereinbarungen vom Verbot erfasst, deren Beitrag zum Kumulationseffekt des Netzes erheblich ist.

Das primäre Gemeinschaftsrecht enthält keine materiellen Regelungen über gewerbliche Schutzrechte. Die Ausübung derartiger - nationalstaatlich geregelter - Rechte ist aber nicht von den EU-Wettbewerbsregeln ausgenommen. Die Verordnung der Europäischen Kommission über die Anwendung von Art 101 Abs 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen erklärt das Kartellverbot auf bestimmte Gruppen von Patentlizenz- und Know-how-Vereinbarungen als nicht anwendbar.

Dabei wird anerkannt, dass Lizenzgeber und Lizenznehmer in gewissem Umfang Schutz vor gegenseitigem Wettbewerb in Anspruch nehmen müssen. So wird die dem Lizenznehmer gewährte Ausschließlichkeit und - in abgestufter Weise - sogar eine territoriale Beschränkung akzeptiert. Die kartellrechtliche Beurteilung von Verträgen zur Überlassung von geheimem technischen Wissen (know-how) folgt vielfach jener von Patentlizenzverträgen. Dies gilt vor allem für die Freistellung von Ausschließlichkeit und Gebietsschutz.

Der Verordnung (EU) Nr 330/2010 der Kommission vom 20. 4. 2010 über die Anwendung von Art 101 Abs 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen liegt die Vermutung zugrunde, dass vertikale Vereinbarungen, welche nicht bestimmte Arten schwerwiegender wettbewerbsschädigender Beschränkungen enthalten, im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs und zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem daraus

entstehenden Gewinn führen. Derartige Vereinbarungen erfüllen regelmäßig die Voraussetzungen von Art 101 Abs 3 AEUV.

Gemäß Art 2 dieser Verordnung wird daher Art 101 Abs 1 AEUV auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen für unanwendbar erklärt, soweit diese Unternehmen auf einer unterschiedlichen Produktionsoder Vertriebsstufe tätig sind. Allerdings darf der Anteil des Lieferanten oder des Abnehmers gem. Art. 3 der VO auf dem relevanten Markt 30 % nicht überschreiten.

Weiters gilt die Freistellung vom Kartellverbot nicht für solche vertikale Vereinbarungen, welche eine Beschränkung des Käufers bei der Festsetzung seiner Verkaufspreise, Beschränkung des passiven Verkaufs in bestimmte Gebiete oder an bestimmte Kundengruppen oder die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems bezwecken.

Die Freistellung ist überdies auf solche Wettbewerbsverbote beschränkt, welche auf eine Höchstdauer von 5 Jahren vereinbart werden (Wettbewerbsverbote auf unbestimmte Dauer sind nicht freigestellt). Eine Ausnahme besteht insbesondere dann, wenn die Vertragswaren oder - Dienstleistungen vom Käufer in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die Eigentümer des Lieferanten sind.

Die Kommission kann im Einzelfall den Vorteil der Anwendung dieser Verordnung entziehen, wenn eine vertikale Vereinbarung Wirkungen hat, die mit den Voraussetzungen von Art 101 Abs 3 AEUV unvereinbar sind. Insbesondere wenn der Zugang zu dem

betroffenen Markt oder der Wettbewerb auf diesem Markt durch die kumulativen Wirkungen nebeneinander bestehender Netze gleichartiger vertikaler Wettbewerbsverbote beschränkt wird. Soweit eine unter die Freistellung fallende Vereinbarung im Gebiet eines Mitgliedstaates Wirkungen hat, die mit den Voraussetzung von Art 101 Abs 3 AEUV unvereinbar sind, kann die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats den Vorteil der Anwendung dieser Verordnung entziehen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,
Kommentar, 2005

Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004

Missbrauch der Marktmacht

(KartG)

Marktbeherrschung (§ 4 KartG 2005)

Unternehmen, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben, werden schon durch den Wettbewerb an missbräuchlichem Verhalten gehindert. Marktbeherrscher sind dagegen vielfach keinem (oder nur einem eingeschränkten) Wettbewerb ausgesetzt. Hier muss daher eine Missbrauchsaufsicht bereit stehen, um gegebenenfalls korrigierend einzugreifen und die wirtschaftliche Ausbeutung von Anbietern oder Nachfragern zu verhindern.

An das Erlangen oder Aufrechterhalten einer marktbeherrschenden Stellung allein knüpft das KartG 2005 also noch keine Sanktionen (vgl aber die Bestimmungen betreffend die Zusammenschluss-Kontrolle). Um tatbestandsmäßig iSd § 5 KartG 2005 zu sein, muss zu einer marktbeherrschenden Stellung noch ein Missbrauch hinzutreten.

Marktbeherrschung kann nicht nur über Angebots-, sondern auch über Nachfragemacht verwirklicht werden. Dies gilt für die Nachfragemacht des Handels gegenüber der Industrie ebenso wie für das Verhältnis zwischen den Herstellern industrieller Fertigprodukte und ihren Zulieferern oder für das Beschaffungswesen der Öffentlichen Hand.

Marktbeherrschend sind vor allem solche Unternehmen, die keinem Wettbewerb ausgesetzt sind (§ 4 Abs 1 Z 1 KartG 2005). Es fehlt jeder Wettbewerb, wenn auf einem bestimmten Markt nur ein einziges Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Eine derartige

Monopolstellung kann Ergebnis wirtschaftlicher Abläufe, aber auch Ausdruck staatlicher Regulierung sein.

Aber auch unwesentlicher Wettbewerb kann zur Marktbeherrschung durch ein Unternehmen führen. Der Wettbewerb ist unwesentlich, wenn er keine Steuerungsfunktion erfüllt, wenn der überragende Verhaltensspielraum eines Unternehmens durch keine wettbewerblichen Handlungen der Konkurrenz bedroht wird. Wesentlicher Wettbewerb kann auf örtlichen Teilmärkten fehlen, aber auch weil ein marktstarkes Unternehmen einen (fertigungs-) technischen Vorsprung hält, oder weil die Konkurrenz - in einem gesättigten Markt – auf mehrere Kleinunternehmen zersplittert ist.

Hat ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am gesamten inländischen Markt oder einem allfälligen inländischen örtlichen Teilmarkt einen Anteil von mindestens 30 %, trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach § 4 Abs 1 KartG 2005 (allenfalls unwesentlicher Wettbewerb oder überragende Marktstellung im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern) nicht vorliegen (§ 4 Abs 2 Z 1 KartG 2005).

Zur Berechnung des Marktanteiles ist zunächst der relevante Markt festzustellen. Dabei ist einerseits zwischen dem Angebotsmarkt und dem Nachfragemarkt, andererseits zwischen dem sachlich, dem räumlich und dem zeitlich relevanten Markt zu unterscheiden. Die Marktabgrenzung erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Zu einem bestimmten sachlichen Markt gehören alle Waren (Leistungen), die unter den gegebenen Marktverhältnissen der Deckung desselben Bedarfes dienen (§ 23 KartG 2005).

Wird der inländische Markt nur von zwei oder drei Unternehmen versorgt, gilt jedes dieser Unternehmen als marktbeherrschend, soweit es nur einen Marktanteil von mehr als 5 Prozent aufweist (§ 4 Abs 2 Z 2 KartG 2005).

Gemeinsame Marktbeherrschung (Oligopol) liegt vor, wenn sich eine (kleine) Gruppe von Unternehmen - losgelöst von Wettbewerbern - den Markt aufteilt. Dieser Tatbestand wird nach dem KartG jedenfalls dann erfüllt, wenn ein Unternehmen zu den vier größten gehört, die zusammen am inländischen Markt einen Anteil von mindestens 80 Prozent aufweisen, sofern sein eigener Marktanteil 5 Prozent übersteigt (§ 4 Abs 2 Z 3 KartG 2005). Nicht entscheidend ist, ob zwischen diesen vier Unternehmen Wettbewerb herrscht.

Das Kriterium der überragenden Marktstellung ist ein qualitatives und bildet einen Auffangtatbestand. Es kommt weder auf den Marktanteil an, noch darauf an, ob ein Unternehmer mit überragender Marktstellung (wesentlichem) Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Marktstellung ist im Verhältnis zu den Wettbewerbern zu untersuchen. Es kommt auf den Handlungsspielraum an, den ein Unternehmen am Markt hat. Kann ein Unternehmer etwa Preise erhöhen, ohne dass dies zu einer Beeinträchtigung seiner Marktstellung zu führen droht, deutet dies auf eine überragende Marktstellung hin (§ 4 Abs 1 Z 2 KartG 2005).

Dabei können speziell die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten oder Marktzutrittsschranken eine erhebliche Rolle spielen. Aber auch der Vorsprung an Knowhow oder der Zugang zu

öffentlichen Förderungen sind zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang kann schon ein Marktanteil von unter 30 Prozent eine überragende Marktstellung begründen.

Unter Finanzkraft versteht man die Gesamtheit der finanziellen Ressourcen, die einem Unternehmen zur Stärkung seiner Wettbewerbsposition zur Verfügung stehen. Derartige Mittel können für das Eindringen in einen Markt, also für die Finanzierung von Forschung und Entwicklung, des erforderlichen Anlagevermögens und der Anlaufverluste, für die Abwehr anderer Wettbewerber, etwa durch die Finanzierung von Werbekampagnen oder durch das - zeitweilige - Absenken der Verkaufspreise unter die Gestehungskosten, oder für das Überbrücken konjunktureller Einbrüche eingesetzt werden.

Die Finanzkraft eines Unternehmens wird nicht allein durch seine Kapitalausstattung, sondern auch durch seinen Zugang zum Kapitalmarkt und durch die Fähigkeit, über Mischkalkulation und Gewinntransfer in einzelnen Märkten Verluste auszugleichen, bestimmt. Das wichtigste Kriterium für die Finanzkraft eines Unternehmens ist der cash flow, also die Summe aus Bilanzgewinn, Abschreibungen aus Sachanlagen und Beteiligungen, Nettoveränderung der offenen Rücklagen und langfristigen Rückstellungen, sowie dem Saldo aus außerordentlichen Aufwendungen und Erträgen.

Das Kriterium der Beziehungen zu anderen Unternehmen stellt vor allem auf Verbindungen mit anderen Unternehmen ab, die entweder die Voraussetzungen des § 7 KartG 2005 erfüllen, oder auch unterhalb dieser Schwellen bleiben (etwa Minderheitsbeteiligung unter 25 Prozent). Auch Kartelle (kooperative Gemeinschaftsunternehmen) können derartige Beziehungen herstellen.

Betreibt ein Unternehmen vertikale Integration, ist es also auf vor- oder nachgelagerten Stufen tätig, kann dies zu privilegierten Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten führen. Mit der Zunahme der Eigenversorgung oder des Eigenabsatzes können Angebots- oder Absatzschwankungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten einiges an Bedeutung verlieren. Hier spielen besonders vertikale Zusammenschlüsse und langfristige Bezugs- oder Lieferverträge eine erhebliche Rolle.

Wenn es potentiellen Wettbewerbern leicht möglich ist, in einem neuen Markt tätig zu werden, wenn also die Marktzutrittsschranken niedrig sind, bewirkt ein hoher Anteil an diesem Markt noch keine überragende Marktstellung. Andererseits können hohe Marktzutrittsschranken das Auftreten neuer Wettbewerber erschweren und daher einem auf dem relevanten Markt bereits tätigen Unternehmer trotz eines vergleichsweise geringen Marktanteils eine überragende Marktstellung sichern.

Potentielle Wettbewerber sind Unternehmer, welche die technischen, kommerziellen und finanziellen Fähigkeiten zum Markteintritt besitzen. Die Ausdehnung ihrer Tätigkeit muss nicht bloß theoretisch möglich, sondern wirtschaftlich betrachtet sinnvoll sein. Eintrittsschranken werden durch rechtliche Hindernisse, hohe Anlaufkosten, hohe Transportkosten, Größenvorteile der bereits tätigen Unternehmer, die vertikale Integration der bereits tätigen Unternehmer oder auch Verbraucherpräferenzen bewirkt.

§ 4 KartG 2005 erfasst in seinem Abs 3 auch solche Unternehmer, die zwar nicht - generell - marktbeherrschend sind, aber gegenüber einzelnen Abnehmern oder Lieferanten so auftreten

können, als ob sie Marktbeherrscher wären. Diese relative Marktmacht kommt vor allem dann zum Tragen, wenn Abnehmer oder Lieferanten zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen angewiesen sind. Wenn andernfalls also die Existenz des Unternehmens bei Abbruch der Geschäftsbeziehungen bedroht wäre oder es zumindest zu massiven Umsatz- und Ertragseinbußen kommen würde. Der OGH hat etwa in mehreren Fällen erkannt, dass Generalimporteure von Neufahrzeugen unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber ihren Einzelhändlern nach § 34 Abs 2 KartG 1988 (entspricht § 4 Abs 3 KartG 2005) marktbeherrschend sind.

Missbrauchsverbot

Als missbräuchlich gelten Verhaltensweisen, welche die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade durch die Anwesenheit des marktstarken Unternehmens bereits geschwächt ist. Dabei ist zwischen Behinderungsmissbrauch (Gefährdung von Wettbewerb) und Ausbeutungsmissbrauch (Übervorteilung von Abnehmern) zu unterscheiden. Es kommt allein auf die objektive Verwirklichung der einzelnen Tatbestände, aber nicht auf ein subjektives Verschulden an.

Die Ausbeutung der Marktgegenseite kann zunächst durch unangemessene Preise erfolgen. Ein Preismissbrauch (§ 5 Abs 1 Z 1 KartG 2005) liegt vor, wenn zwischen Kosten und Preis ein Missverhältnis besteht, wenn der Marktbeherrscher etwa außergewöhnliche Gewinne erzielt. Umgekehrt kann es aber auch schon genügen, wenn der vom Marktbeherrscher geforderte Einkaufspreis nach Abzug von dem am Markt erzielbaren Verkaufspreis dem

beherrschten Händler keine Spanne überlässt, welche ausreichen würde, um Fixkosten und eine bescheidene Gewinnmarge abzudecken.

Geschäftsbedingungen, die der Marktbeherrscher seinem Vertragspartner auferlegt, sind dann missbräuchlich, wenn sie offenbar unbillig sind (Konditionenmissbrauch). Dies ist immer dann der Fall, wenn wettbewerbswidrige Zwecke verfolgt oder leistungsfremde Mittel eingesetzt werden.

Die Einschränkung der Erzeugung des Marktbeherrschers ist missbräuchlich, wenn sie eine Verknappung des Warenangebotes, für das eine ausreichende Nachfrage besteht, und damit eine Verteuerung der betreffenden Waren bewirkt (§ 5 Abs 1 Z 2 KartG 2005). Auch die Kürzung der Liefermengen (trotz ausreichender Vorräte) kann zu einer künstlichen Verknappung des Angebotes und damit zu einer Einschränkung des Absatzes führen. Die technische Entwicklung wird missbräuchlich eingeschränkt, wenn Dritten der Zugang zu den Ergebnissen von Forschung und Entwicklung künstlich erschwert wird (etwa durch willkürliche Patentverletzungsklagen).

Marktbeherrscher dürfen gegenüber Vertragspartnern bei gleichwertigen Leistungen keine unterschiedlichen Bedingungen (Diskriminierung) anwenden (§ 5 Abs 1 Z 3 KartG 2005). Vergleichbare Vertragspartner sind gleich zu behandeln, es sind ihnen also die gleichen Preise und Geschäftsbedingungen einzuräumen. Eine preisliche Differenzierung muss sich auf nachvollziehbare sachliche Gründe stützen. Mengenrabatte sind zulässig, Treuerabatte (für ausschließlichen Bezug) nicht.

Junkturiert der Marktbeherrscher die Lieferung (oder die Abnahme) von nachgefragten (oder angebotenen) Waren oder Leistungen mit der Lieferung (oder Abnahme) solcher Waren oder Leistungen, die sein Vertragspartner gar nicht nachfragt (oder anbietet), spricht man von Koppelungsverträgen. Sie sind missbräuchlich, wenn das Zusatzgeschäft sachlich oder nach Handelsbrauch in keiner Beziehung zum Hauptgeschäft steht (§ 5 Abs 1 Z 4 KartG 2005).

Missbräuchlich ist auch der vom Marktbeherrscher vorgenommene, sachlich nicht gerechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis (§ 5 Abs 1 Z 5 KartG 2005). Gem § 5 Abs 2 KartG 2005 trifft den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Wiederlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs.

Der Missbrauch der Marktmacht wird – in Anlehnung an Art 102 AEUV - durch § 5 KartG 2005 ipso iure verboten. Das Kartellgericht hat Zuwiderhandlungen gegen das Missbrauchsverbot abzustellen und die hierzu erforderlichen Aufträge zu erteilen (§ 26 KartG 2005). Der Auftrag (des Kartellgerichtes) zielt auf ein Unterlassen, unter Umständen auch auf ein positives Tun (etwa ein konkretes Marktverhalten) ab.

Unter bestimmten Umständen kommt sogar eine Änderung der Unternehmensstruktur in Betracht, also ein Auftrag, Teilbereiche eines Unternehmen auszugliedern (abzuspalten) und zu veräußern, oder auch Beteiligungen an anderen Unternehmen abzustoßen. Aber auch die Vergabe von Lizenzen, die Aufnahme von Liefer- oder Bezugsverpflichtungen oder die Aufgabe personeller Verpflichtungen kann aufgetragen werden. Zwischen mehreren

geeigneten Mitteln hat das Kartellgericht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das mildeste zu wählen (Interessenabwägung).

Der Abstellungsauftrag ist grundsätzlich nur zulässig, so lange das missbräuchliche Verhalten anhält. Ist die Zuwiderhandlung bereits beendet, hat das Kartellgericht die (frühere) Zuwiderhandlung festzustellen, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht (§ 28 Abs 1 KartG 2005).

Statt der Abstellung kann das Kartellgericht Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen für bindend erklären, wenn zu erwarten ist, dass diese Zusagen künftige Zuwiderhandlungen ausschließen (§ 27 Abs 1 KartG 2005).

Verfahren nach dem § 26 KartG 2005 dürfen vom (vermuteten) Marktbeherrscher nicht zum Anlass genommen werden, den vom (vermuteten) Missbrauch betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen (§ 6 KartG 2005 - Verbot von Vergeltungsmaßnahmen). Das Kartellgericht hat dem Marktbeherrscher auf Antrag aufzutragen, eine solche Verhaltensweise abzustellen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkommentar, 2007

Missbrauch der Marktmacht

(Art 102 AEUV)

Artikel 102 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufsund Verkaufspreisen und sonstigen Geschäftsbedingungen;**
- b) der Einschränkung der Erzeugung des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;**
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;**

- d) an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.**

Verbotsprinzip

Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ist mit dem Gemeinsamen Markt stets unvereinbar. Deshalb unterliegt sie einem unmittelbar geltenden Verbot, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung bedürfte. Verbotsverfügungen der Kommission haben deklaratorische Wirkung. Das Verbot wird durch keinerlei Ausnahmen durchbrochen, auch eine Freistellung ist nicht möglich.

Beherrschende Stellung

Im Gegensatz zum KartG 2005 (§ 4) kennt der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union keine Legaldefinition des Begriffs „Beherrschende Stellung“. Nach der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH ist unter beherrschende Stellung die wirtschaftliche Position eines Unternehmens am Markt zu verstehen, die das Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Ausmaß unabhängig zu verhalten.

Die Unabhängigkeit des Marktbeherrschers vom Wettbewerb drückt sich darin aus, dass er sein Verhalten weitgehend einseitig festgelegt. Der Marktbeherrscher ist nicht nur gegenüber

den Reaktionen seiner Kunden, sondern - in der Regel - auch gegenüber den Reaktionen seiner Konkurrenten unempfindlich.

Gemeinsame Marktbeherrschung

Art 102 AEUV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen. Kommt eine kleine Gruppe von Unternehmen in die Lage, in beachtlichem Maße unabhängig von den tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbern, den Abnehmern und den Verbrauchern vorzugehen, liegt eine oligopolistische Beherrschung vor. Ein enges Oligopol kann insbesondere dazu führen, dass Preise auf einem sehr hohen, von Wettbewerbszwängen unbeeinflusstem Niveau liegen.

Eine entscheidende Bedeutung kommt der Ähnlichkeit der Marktteilnehmer und der Markttransparenz zu. Ähneln sich der Marktanteil, die Kostenstruktur und der technologische Standard der Unternehmen, besteht wenig Anreiz zu aggressivem Wettbewerbsverhalten. Große Transparenz erleichtert die stillschweigende Koordinierung der Preispolitik.

Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite

Art 102 AEUV ist auch auf den Missbrauch von Nachfragemacht anwendbar (Erzwingung unangemessener Einkaufspreise). Die Abgrenzung des relevanten Nachfragemarktes erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite, also jener der Anbieter.

Marktabgrenzung

Zur Feststellung, ob Unternehmen in der Lage sind, einen Markt zu beherrschen, muss zunächst ein relevanter Markt abgegrenzt werden. Dabei sind sachliche, räumliche und

zeitliche Kriterien zu berücksichtigen. Die sachliche Marktabgrenzung dient der Individualisierung des Produkt- bzw. Dienstleistungsmarktes, auf dem das betreffende Unternehmen seine beherrschende Stellung behauptet. Die Abgrenzung erfolgt aus der Sicht der jeweiligen Marktgegenseite.

Zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes sind insbesondere der Standort eines Unternehmens, die Transportkosten, die Haltbarkeit eines Produktes oder auch die Verbraucher-Gewohnheiten heranzuziehen. Im Hinblick auf die Beweglichkeit des Wettbewerbsgeschehens bedarf es auch der Ermittlung des zeitlich relevanten Marktes. Er entspricht jenem Zeitraum, innerhalb dessen eine beherrschende Stellung besteht.

Dass Marktbeherrschung auf dem Gesamtgebiet des Gemeinsamen Marktes vorliegt, kam bisher relativ selten vor. Art 102 AEUV erfasst aber auch Sachverhalte, die sich zumindest auf einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes erstrecken. Dabei steht die wirtschaftliche Bedeutung für den Gesamtmarkt und weniger die räumliche Größe im Vordergrund. Einzelne - auch kleine - EU-Mitgliedstaaten sind nach der Entscheidungspraxis der Kommission und der Judikatur des EuGH immer ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes. Sogar Teile von Mitgliedstaaten sind schon als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes bewertet worden (zB Süddeutschland oder der Hafen von Genua).

Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung setzt voraus, dass der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Dabei genügt

bereits die abstrakte Möglichkeit, den zwischenstaatlichen Handel in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann, indem insbesondere die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird. Dementsprechend verzichten sowohl die Kommission, wie auch der EuGH auf die Feststellung gegenwärtiger und tatsächlicher Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel.

Selbst wenn sich das missbräuchliche Verhalten eines Marktbeherrschers auf das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaates beschränkt, kann dieses Verhalten schon tatbestandsmäßig sein, wenn gleichzeitig feststeht, dass die Ausschaltung des Wettbewerbs Auswirkungen auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt haben wird. Der Zwischenstaatsbezug ist hergestellt, wenn sich die Ausbeutung auf das Angebot von oder die Nachfrage nach Gütern oder Leistungen bezieht, die - als solche, als Vorprodukt oder nach Weiterverarbeitung - Gegenstand des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs sind, waren oder sein können oder wenn die Behinderung einen Wettbewerber betrifft, der Anbieter oder Nachfrager im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr ist oder sein kann. Wenn sich der Missbrauch auf einen rein innerstaatlichen Warenaustausch bezieht, der betroffene Wettbewerber nur einen regionalen Geschäftsbetrieb unterhält und keine Ausdehnung über diese geographischen Grenzen hinaus beabsichtigt, wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt.

Anders als bei der Anwendung des Kartellverbots (Art 101 Abs 1 AEUV) stellen Kommission und EuGH bei der Anwendung von Art 102 AEUV im allgemeinen nicht auf die Spürbarkeit des Missbrauchs oder der Handelsbeeinträchtigung ab.

Missbrauchsverbot

Art 102 AEUV enthält kein allgemeines Monopolverbot, einem marktbeherrschenden Unternehmen wird jedoch besondere Verantwortung für sein Verhalten zugewiesen. Es unterliegt weitgehenden Sorgfalts- und Erkundigungspflichten. Nur aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft kann die Kommission im Einzelfall feststellen, ob eine bestimmte Marktstrategie mit Art 102 AEUV vereinbar ist (Art 10 Verordnung [EG] Nr 1/2003).

Unangemessene Preise

Ob ein Preis unangemessen ist, richtet sich nach dem wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung, also der Ware oder Dienstleistung. Der EuGH hat anerkannt, dass der missbräuchliche Charakter des vom Marktbeherrscher erzwungenen Preises durch einen Vergleich mit den Gestehungskosten für das betreffende Erzeugnis festgestellt werden kann. Ein Verstoß gegen Art 102 AEUV liegt dann vor, wenn zwischen Kosten und Preis ein Missverhältnis besteht. Zu berücksichtigen sind die produkt- bzw. leistungsspezifischen Kosten sowie ein Anteil an den allgemeinen Gemeinkosten, welcher der Bedeutung der entsprechenden Produktion (oder Dienstleistung) im Rahmen des gesamten Unternehmens entspricht.

Hat das marktbeherrschende Unternehmen jedoch vorhandene Kostensenkungspotentiale - aufgrund des geringen Wettbewerbsdruckes - nicht ausgeschöpft (etwa durch Rationalisierung

der Produktion), kann diese innovative Trägheit (wie auch die unterlassene Reduktion überhöhter Verwaltungskosten) zu einem Preismissbrauch führen.

Neben den Gestehungskosten ist eine entsprechende Gewinnmarge zu berücksichtigen, die zwar nicht außergewöhnlich umfangreich sein darf aber doch ausreichen muss, um die verschiedenen Aufgaben des Unternehmens, insbesondere die erforderlichen Investitionen, zu finanzieren und den Anteilseignern normale Dividenden auszuschütten.

Ein außergewöhnliches, übertriebenes oder besonders krasses Missverhältnis zwischen Kosten und Preis erleichtert den Nachweis des Preismissbrauches, ist für die Verwirklichung des Tatbestandes aber nicht erforderlich. Es genügt schon, wenn der Preis eindeutig überhöht ist.

Gegebenenfalls kann das Vergleichsmarktkonzept ein wichtiges Hilfsmittel für die Bestimmung unangemessener Preise darstellen. Dabei wird überprüft, welche Preise sich bei wirksamem Wettbewerb gebildet hätten.

Unangemessene Geschäftsbedingungen

Bei der Beurteilung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen sind die gleichen Grundsätze wie bei der Überprüfung von Preismissbrauch anzuwenden. Geschäftsbedingungen sind Konditionen jeder Art, Individualvereinbarungen, allgemeine Einkaufs- und Verkaufsbedingungen aber auch Satzungsbestimmungen. Die Angemessenheit

ist unter Abwägung der Interessen der Beteiligten zu beurteilen, dabei ist insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Einschränkung der Erzeugung

Nach Art 102 Abs 2 lit b) AEUV handeln Unternehmen in beherrschender Stellung auch dann missbräuchlich, wenn sie die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher einschränken. Damit wird die künstliche Verknappung angebotener oder nachgefragter Erzeugnisse oder Dienstleistungen erfasst, die den Verbraucher durch eine mit der Verknappung verbundene Verteuerung schaden kann. Als Verbraucher gelten nicht allein Endverbraucher, sondern alle unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen.

Die Einschränkung der eigenen Produktion ist missbräuchlich, wenn der Marktbeherrscher mit dieser Maßnahme trotz hinreichender Nachfrage eine Verknappung des Angebots und mittelbar dessen Verteuerung bezweckt oder bewirkt. Missbräuchlich handelt etwa ein KFZHersteller, der die Produktion von Karosserieersatzteilen einschränkt, obwohl noch viele Fahrzeuge des entsprechenden Modells im Verkehr sind, und sich gleichzeitig weigert, die für die Produktion erforderliche Lizenz an Dritte zu vergeben.

Einschränkung des Absatzes

Auch die mengenmäßige Einschränkung der eigenen Absatzmenge kann missbräuchlich sein, wenn das beherrschende Unternehmen damit eine wettbewerbswidrige Zielsetzung verfolgt. Verfügt das Unternehmen über ausreichende Vorräte und besteht eine entsprechende Nachfrage, bewirkt die Beschränkung der Liefermenge eine künstliche Verknappung.

Einschränkung der Technischen Entwicklung

Auch Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers, mit denen der Zugang zu einem erreichten Forschungs- und Entwicklungsstand sowie dessen Nutzung oder Weiterentwicklung zum Nachteil des Verbrauchers verhindert wird, sind verboten. Missbräuchlich kann etwa die Beibehaltung eines qualitativ minderwertigen Produkt- bzw. Dienstleistungsstandards sein, wenn der Einsatz moderner (und rationellerer) Technologien dem Marktbeherrscher zumutbar wäre.

Diskriminierung von Handelspartnern

Nach Art 102 Abs 2 lit c) AEUV handeln marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich, wenn sie unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern anwenden, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Daraus folgt ein Gleichbehandlungsgebot an den Marktbeherrscher, Abnehmer und Lieferanten in vergleichbarer Lage gleich zu behandeln, d.h. im wesentlichen, ihnen gleiche Preise und Konditionen einzuräumen. Handelspartner sind Unternehmen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen. Neben Stammkunden zählen zu diesem Kreis auch Gelegenheitskunden. Unterschiedliche Rabatte sind missbräuchlich, wenn sie nicht auf einer entsprechenden wirtschaftlichen Gegenleistung beruhen, die der Abnehmer gegenüber dem Marktbeherrscher erbringt.

Koppelungsgeschäfte

Der Tatbestand der missbräuchlichen Koppelung im Sinne von Art 102 Abs 2 lit d) AEUV ist erfüllt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen mit einem Vertragspartner einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen geschlossen hat (Hauptgeschäft), durch welchen der Vertragspartner gleichzeitig zur Abnahme von weiteren Leistungen, welche mit dem Hauptgeschäft in keinem sachlichen Zusammenhang stehen, verpflichtet wird (Zusatzgeschäft). Das Verbot von Koppelungsgeschäften dient neben dem Schutz der Handelspartner vor Beeinträchtigungen ihrer Handelsfreiheit auch dem Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen auf dem Markt der zusätzlichen Leistungen.

Die Generalklausel des Art 102 Abs 1 AEUV erfasst insbesondere Fälle der Geschäftsverweigerung, der Diskriminierung von Nicht-Handelspartnern oder der direkten Behinderung von Wettbewerbern mit leistungsfremden Mitteln. An diesen Auffangtatbestand sind jedoch besonders hohe Anforderungen zu stellen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,

Kommentar, 2005

Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004

Zusammenschlusskontrolle

(KartG)

Zusammenschlüsse

§ 7 KartG 2005 erfasst die Fälle des sogenannten externen Wachstums. Dabei wird eine lückenlose Erfassung aller Konzentrationsvorgänge angestrebt. Als Zusammenschluss gilt zunächst der Erwerb eines Unternehmens durch einen Unternehmer, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung (§ 7 Abs 1 Z 1 KartG 2005). Unter Verschmelzung versteht man die Vereinigung rechtlich selbständiger Unternehmen zu einer neuen rechtlichen Einheit. Sie kann durch Aufnahme oder durch Neubildung erfolgen. Bei der übertragenden Umwandlung wird die bisherige Gesellschaft aufgelöst und das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf ein neues Rechtssubjekt übertragen. Bei der verschmelzenden Umwandlung geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf ihren Hauptgesellschafter über. Bei der errichtenden Umwandlung erfolgt eine Neugründung einer Gesellschaft, auf die das Unternehmen durch Gesamtrechtsnachfolge übergeht.

Ein Zusammenschluss durch Betriebsüberlassungsvertrag (§ 7 Abs 1 Z 2 KartG 2005) findet dann statt, wenn die Verfügung über ein Betriebsvermögen einem anderen Unternehmer übertragen wird. Die Einstufung eines Betriebsführungsvertrages als Zusammenschluss hängt davon ab, ob der Erwerber weisungsfrei oder weisungsgebunden handelt.

Ein Zusammenschluss durch Anteilserwerb an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, liegt dann vor (§ 7 Abs 1 Z 3 KartG 2005), wenn ein anderer Unternehmer dadurch einen

Beteiligungsgrad von 25 % oder 50 % erreicht oder überschreitet. Beide Stufen stellen jeweils einen selbständigen Zusammenschluss-Tatbestand dar. Erfasst werden Anteile an Gesellschaften, an Personen- oder Erwerbsgesellschaften aber nur dann, wenn die Gesellschafterstellung eine Kapitaleinlage umfasst. Es ist nicht maßgeblich, ob der Erwerb abgeleitet oder originär stattfindet. Ein Anteilsverkauf liegt auch dann vor, wenn er durch einen Treuhänder erfolgt. Als Zusammenschluss gilt auch die Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Vorstandes, eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs, oder der Mitglieder des Aufsichtsrates von zwei oder mehreren Gesellschaften (§ 7 Abs 1 Z 4 KartG 2005). Die Personengleichheit muss sich nicht auf die gleichen Organe des betroffenen Unternehmens beziehen.

Eine Generalklausel bezeichnet auch jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund derer ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann, als Zusammenschluss (§ 7 Abs 1 Z 5 KartG 2005). Der beherrschende Einfluss kann durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet werden, welche ein Unternehmen in die Lage versetzen, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben. Unter Umständen kann auch eine bloße Minderheitsbeteiligung einen beherrschenden Einfluss vermitteln (Streubesitz an Aktien / geringe Hauptversammlungs-Präsenz). Die Geschäftsanteile seiner minderjährigen Kinder können einem Unternehmer zugerechnet werden. Auch von Banken ausgeübte Vollmachtsstimmrechte können – insbesondere dann, wenn die Bank gleichzeitig Kreditgeber des Unternehmens ist – einen Zusammenschluss-Tatbestand realisieren.

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch zwei oder mehrere andere Unternehmen gilt dann als Zusammenschluss, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf

Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (§ 7 Abs 2 KartG 2005). Kommt es durch ein Gemeinschaftsunternehmen nicht -primär - zu einer Veränderung der Marktstruktur, sondern zu einer Verhaltenskoordination, kann ein verbotenes Kartell vorliegen (vgl § 1 Abs 1 KartG 2005).

Als Zusammenschluss gilt auch der Abschluss vertraglicher Verpflichtungen durch Kreditinstitute ein Früherkennungssystem für wirtschaftliche Fehlentwicklungen einzurichten, einander bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch finanzielle oder sonstige Maßnahmen zu unterstützen, oder ihre Geschäfts- und Marktpolitik zu vereinheitlichen (§ 7 Abs 3 KartG 2005). Verschiebungen innerhalb eines Konzerns begründen keinen Zusammenschlusstatbestand (§ 7 Abs 4 KartG 2005).

Anmeldebedürftige Zusammenschlüsse

Haben die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weltweit insgesamt mehr als €300 Mio, im Inland von insgesamt mehr als €30 Mio, und mindestens zwei Unternehmen weltweit Umsatzerlöse von jeweils mehr als €5 Mio erreicht, bedarf der Zusammenschluss einer Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 9 Abs 1 KartG 2005).

Dies unter der weiteren Voraussetzung, dass kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorliegt (vgl dazu unten).

Ausgenommen von § 9 Abs 1 KartG 2005 sind Zusammenschlüsse, wenn nur eines der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als €5 Mio erzielt und die übrigen beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweit insgesamt nicht Umsatzerlöse von mehr als €30 Mio. erzielten (§ 9 Abs 2 KartG 2005).

Die Anmeldung hat genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen, durch die eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden könnte, zu enthalten (§ 10 KartG 2005). Bevor die Amtsparteien auf die Stellung eines Prüfungsantrages verzichtet haben oder die Antragsfrist ohne Stellung eines Prüfungsantrages durch eine Amtspartei abgelaufen ist, bzw – bei Stellung eines Prüfungsantrages – vor Einstellung des Prüfungsverfahrens oder vor Rechtskraft der kartellgerichtlichen Entscheidung auf Zurückweisung des Antrages oder Nichtuntersagung des Zusammenschlusses, besteht ein Durchführungsverbot (§ 17 Abs 1 KartG 2005).

Bei Nichtuntersagung des Zusammenschlusses mit Beschränkungen oder Auflagen ist die Durchführung des Zusammenschlusses anders als mit diesen Beschränkungen oder Auflagen verboten (§ 17 Abs 2 KartG 2005).

Dem Durchführungsverbot widersprechende Verträge sind unwirksam, d.h. zivilrechtlich ungültig (§ 17 Abs 3 KartG 2005).

Prüfung von Zusammenschlüssen

Die Anmeldung ist von der Bundeswettbewerbsbehörde in Gleichschrift an den Bundeskartellanwalt weiterzuleiten und öffentlich bekannt zu machen (§ 10 Abs 3 KartG 2005). Die beiden Amtsparteien können innerhalb einer Frist von 4 Wochen beim Kartellgericht einen Prüfungsantrag stellen (§ 11 Abs 1 KartG 2005).

Unternehmer, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, können (binnen 14 Tagen) nach Bekanntmachung der Anmeldung und (unbefristet) nach Bekanntmachung der Stellung eines Prüfungsantrages Äußerungen abgeben (§§ 10 Abs 4 und 11 Abs 3 KartG 2005).

Aufgrund eines Prüfungsantrages ist der Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung (§ 4 KartG 2005) entsteht oder verstärkt wird (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG 2005). Eine "Entstehung" einer marktbeherrschenden Stellung setzt voraus, dass keiner der beteiligten Unternehmer auf dem betreffenden Markt schon bisher marktbeherrschend war. War eines der beteiligten Unternehmen bisher schon marktbeherrschend, darf durch den Zusammenschluss keine Verstärkung dieser Stellung erwachsen.

Selbst wenn zu erwarten ist, dass durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, hat das Kartellgericht den Zusammenschluss nicht zu untersagen, wenn er zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen führt, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 12 Abs Z 1 KartG 2005). Dabei ist eine

Gesamtbetrachtung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsverhältnisse vorzunehmen.

Auch dann, wenn zwar zu erwarten ist, dass durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, der Zusammenschluss aber zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird (§ 12 Abs 2 Z 2 KartG 2005). Wachsende Unternehmensgrößen allein sind aber keine notwendige Voraussetzung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, wirksamer Wettbewerb auf heimischen Märkten scheint die internationale Konkurrenzfähigkeit eher zu stärken.

Die Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses kann mit Beschränkungen oder Auflagen verbunden werden (§ 12 Abs 3 KartG 2005). Durch Auflagen kann den am Zusammenschlusskontrollverfahren beteiligten Unternehmen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben werden. Das Kartellgesetz sieht jedoch keine laufende Verhaltenskontrolle vor. Zulässig ist primär die Verpflichtung, Beteiligungen zu veräußern, aus Gesellschaften auszuscheiden, personelle Verflechtungen aufzulösen oder bestimmte wettbewerbsbeschränkende Absprachen nicht einzugehen.

Die Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses ist binnen 4 Wochen ab Einlangen der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde zu beantragen. Die Untersagung eines Zusammenschlusses muss binnen 5 Monaten nach dem Einlangen des (ersten)

Prüfungsantrages erfolgen, über Rekurse über die Entscheidung des Kartellgerichtes hat der OGH binnen zwei Monaten zu entscheiden (§ 14 KartG 2005).

Nach der zulässigen Durchführung eines anmeldebedürftigen Zusammenschlusses kann das Kartellgericht den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf Antrag unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nachträglich Maßnahmen auftragen, durch die die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden, wenn die Nichtuntersagung auf unrichtige oder unvollständige Angaben zurückzuführen ist, oder einer mit der Nichtuntersagung verbundenen Auflage zuwidergehandelt wurde (§ 16 KartG 2005).

Medienzusammenschlüsse

Die Sonderbestimmungen für Medienzusammenschlüsse (§ 8 Abs 3 KartG 2005) dienen auch dem dem Kartellrecht an sich fremden Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt (§ 13 KartG 2005). Die Voraussetzungen eines Medienzusammenschlusses sind dann gegeben, wenn mindestens zwei Unternehmen ein besonderes Naheverhältnis zu den Medien haben und - reduzierte - Mindestumsätze erreicht werden. Ein Medienzusammenschluss ist schon dann anmeldebedürftig, wenn eines der beteiligten Unternehmen einen jährlichen Umsatz von €1,5 Mio, das andere einen solchen von €25.000 erzielt.

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zwischen Lesermärkten und Anzeigenmärkten zu unterscheiden. Die Medienvielfalt ist als Vielfalt von selbständigen Medien, insbesondere von Zeitungen, zu verstehen. Der Auftrag zur Erhaltung der Medienvielfalt ist auf die Annahme zu stützen, dass bei wirtschaftlich selbständigen Einheiten die Gefahr der Gleichschaltung geringer ist als bei abhängigen Einheiten, die Vielfalt wirtschaftlich selbständiger Verlage daher eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit für die Meinungsvielfalt begründet.

Ausnahmen

Bestimmte Bankgeschäfte würden unmöglich gemacht, wenn sie den allgemeinen Regeln über Zusammenschlüsse unterliegen würden. Daher sieht § 19 KartG 2005 gewisse Ausnahmen von der Fusionskontrolle vor. Privilegiert ist der Anteilswerb, wenn eine Bank diese Anteile nur zum Zweck der Veräußerung übernimmt.

Ein Sanierungserwerb ist dann als solcher anzuerkennen, wenn durch den Zusammenschluss der finanzielle Zusammenbruch eines sanierungsbedürftigen Unternehmens abgewendet werden soll, welches andernfalls aus dem Markt ausscheiden würde. Damit wird ein höherer Konzentrationsgrad verhindert. Von den Bestimmungen der §§ 7 bis 18 KartG 2005 ist aber auch der Erwerb an einer Gesellschaft in Ausübung des Kapitalbeteiligungs- oder des Beteiligungsfondgeschäftes ausgenommen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkommentar, 2007

Gugerbauer, Handbuch der Fusionskontrolle, 1995

Zusammenschlusskontrolle

(EU-Fusionskontrollverordnung)

Anwendungsbereich (Art 1)

Die Fusionskontrollverordnung (Verordnung [EG] Nr 139/2004) gilt für alle Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Diese liegt zunächst einmal dann vor, wenn kumulativ drei Schwellwerte erreicht werden: Alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen müssen zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als €5 Mrd erzielen. Mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen mit einem gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als € 250 Mio abschließen. Schließlich dürfen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht mehr als zwei Drittel ihres Umsatzes in demselben EG-Mitgliedstaat erzielen.

Erreicht ein Zusammenschluss diese Schwellen nicht, kommt ihm dennoch gemeinschaftsweite Bedeutung zu, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als € 2,5 Mrd beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils €100 Mio übersteigt, in jedem von mindestens drei betroffenen Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als € 25 Mio beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils €100 Mio übersteigt. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Beurteilung von Zusammenschlüssen (Art 2)

Im Rahmen der Überprüfung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt sind zunächst der sachlich relevante Produktmarkt und der geographisch relevante Markt zu definieren, um abschließend die Vereinbarkeit zu beurteilen. Gesonderte Produktmärkte werden entweder durch das Fehlen ausreichender Substituierbarkeit zwischen bestimmten Produkten oder durch das Bestehen unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen (bei austauschbaren Produkten) begründet.

Der sachlich relevante Markt umfasst also alles, was - von der Marktgegenseite – hinsichtlich seiner Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszweckes als austauschbar angesehen wird. Und zwar sowohl im Rahmen der Nachfragesubstitution, wie auch im Rahmen der Angebotssubstitution. Dabei ist gegebenenfalls auf die Kriterien der vernünftigen Austauschbarkeit und der möglichen Produktionsumstellung Rücksicht zu nehmen.

Ein eigener geographisch relevanter Markt liegt dann vor, wenn man ein Gebiet mit einigermaßen homogenen Wettbewerbsbedingungen, in welchem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, von benachbarten Gebieten, insbesondere auf Grund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, abgrenzen kann. Dabei sind insbesondere Marktzutrittsschranken (steuerliche, technische, rechtliche und kulturelle Barrieren), Transportkosten, Verbraucherpräferenzen, Markengeltung und Vertriebssysteme zu berücksichtigen.

Für die Annahme eines großen räumlich relevanten Marktes sprechen vor allem die Standardisierung eines Produktes, vergleichsweise unbedeutende Transportkosten, die

Präsenz großer Anbieter in einer Mehrzahl von Staaten und die Gleichförmigkeit der Preise. Dies gilt für einen gemeinschaftsweiten, wie auch für einen globalen Markt. Für gemeinschaftsweite Märkte können darüber hinaus auch EU-Außenzölle, ein relativ geringer Handel zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, EU-weite Kennzeichnungs- und Qualitätsregeln oder eine europaweite Einkaufspolitik der Verbraucher bestimmend sein.

Das Fehlen oder Bestehen von Unterschieden bei Preisen und/oder Marktanteilen zwischen den EU-Mitgliedstaaten kann ein Indikator für die Existenz eines einheitlichen Marktes oder das Bestehen mehrerer räumlich getrennter Märkte sein. Besonders wichtig sind dabei auch rechtliche oder technische Marktzutrittschranken, Transportkosten, der Geltungsbereich von Warenzeichen und -namen, sowie das Bestehen von Vertriebsbindungen.

Die Abgrenzung regionaler oder lokaler Märkte kann insbesondere auf Grund erheblicher Transportkosten erforderlich werden. Dies gilt etwa für den Baumarkt, aber auch für den Einzelhandelsmarkt für Lebensmittel. Mit der ökonomischen Raumtheorie lässt sich berechnen, wie groß - ausgehend vom Wert, dem Raumbedarf und dem Gewicht - die Distanz ist, innerhalb deren sich der Transport noch lohnt.

Diese Faktoren bestimmen sich unter anderem nach der Zahl der tatsächlichen Wettbewerber, also den verbleibenden Versorgungsalternativen für die Marktgegenseite, weiters nach der Stärke dieser Wettbewerber im Hinblick auf Marktanteil, Finanzstärke, Technologie, Produktionskapazität und Vertriebssystem. Je stärker die Wettbewerber sind, desto weniger ist zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs eintreten wird.

Bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses auf der Angebotsseite ist zu berücksichtigen, ob auf der Marktgegenseite einkaufsmächtige Nachfrager vorhanden sind. Ist die Nachfrage konzentriert und kann auf alternative Bezugsquellen (etwa in anderen Staaten) ausgewichen werden, kann dadurch das Entstehen einer Abhängigkeit von dem zusammengeschlossenen Anbieter verhindert werden. Soweit starke Marken für ein für die Endkonsumenten attraktives Sortiment unverzichtbar sind, kann dies die Nachfragemacht relativieren. In jedem Fall kann das Fehlen von großen Nachfragern zu einer marktbeherrschenden Stellung führen.

Bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen kommt aber dem potentiellen Wettbewerb eine erhebliche Bedeutung zu. Hohe (technische, wirtschaftliche oder rechtliche) Marktzutrittsschranken verringern die Aussichten potentiellen Wettbewerbs, niedrige verbessern sie. In jedem Fall ist entscheidend, ob der potentielle Markteintritt eine ausreichend große Bedrohung darstellt und das aus einem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen (mit hohem Marktanteil) daran hindert, sich in spürbarem Maße unabhängig vom Marktdruck zu verhalten. Die Zeitspanne für den neuen Marktzutritt muss so kurz sein, dass eine beherrschende Stellung rasch wieder abgebaut werden kann. Potentieller Wettbewerb kann in der Kapazitätserhöhung bestehender Wettbewerber, in Importen aus einem anderen räumlichen Markt, in Eigenfertigung durch die Käufer oder auch in einer Produktionsumstellung auf einem benachbarten Produktmarkt liegen.

Die Höhe der Marktanteile eines zusammengeschlossenen Unternehmens ist ein für die Beurteilung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens zwar wichtiger, jedoch nicht ausschlaggebender Gesichtspunkt. Die Marktanteile werden in der Regel nach dem Umsatz

aller Wettbewerber berechnet. Mangels Umsätze kann auf die ersten Auftragsvergaben zurückgegriffen werden. Die Bedeutung der Marktanteile wird durch die Reife der betreffenden Märkte bestimmt. Besonders auf ausgesprochenen Wachstumsmärkten mit moderner Technologie sind hohe Marktanteile nicht unbedingt ein Indiz für Marktmacht. Der dynamische Charakter eines Marktes kann durch ständige Schwankungen der Anteile gekennzeichnet sein.

Die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens wird u.a. durch Mengenvorteile, Produktionskapazitäten, technologische Ressourcen, Markenimage oder vertikale Integration geprägt. Besondere Bedeutung kommt der Finanzkraft zu. Dabei ist die Finanzkraft im Verhältnis zu jener der Wettbewerber zu bewerten. Unter Finanzkraft wird die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens verstanden, insbesondere seine Finanzierungsmöglichkeiten durch Eigen- und Fremdfinanzierung. Hohe Finanzkraft eines Unternehmens hindert die Marktgegenseite zwar nicht, bei einer für sie nachteiligen Verhaltensänderung zu Konkurrenten überzuwechseln, sie setzt das Unternehmen aber in Stand, sein Angebot durch Forschung oder sonstige Investitionen zu verbessern, um seinen Marktanteil zu verteidigen oder zu vergrößern.

Aber auch die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihr Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche und tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage, bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung

des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert, sind zu berücksichtigen.

Die Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt hängt davon ab, ob der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung (Art 2 Abs 2 FKVO). Gegenüber der entsprechenden Regelung im KartG 2005 (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG) tritt die Bedeutung der Marktbeherrschung daher relativ zurück. Zunehmende Bedeutung gewinnen ökonomische Analysen wie der SIEC-Test (significant economic competition), der SNIP-Test (zur Feststellung des hypothetischen Monopolisten) oder der Herfindahl Hirschman-Index (zur Ermittlung des Konzentrationsgrades).

Unter beherrschender Stellung ist im Sinne von Art 102 AEUV die Verhinderung wirksamen Wettbewerbs durch Erlangung der Fähigkeit eines Unternehmens, sich in spürbarem Maße unabhängig von den Wettbewerbern und letztlich von den Verbrauchern zu verhalten, zu verstehen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob zusammengeschlossene Unternehmen einen erheblichen Einfluss auf die Preisentwicklung nehmen können, ohne Marktanteile zu verlieren.

Aber auch eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung kann zur erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Ein enges Oligopol mit erheblich geschwächtem Preiswettbewerb und hoher Markttransparenz kann bewirken, dass

Preise auf einem sehr hohen, von Wettbewerbszwängen unabhängigen Niveau liegen. Durch Vermeidung von Wettbewerb untereinander und durch ein von Wettbewerbern und Verbrauchern weitgehend unabhängiges Verhalten werden gemeinsam Gewinne maximiert.

Definition des Zusammenschlusses (Art 3)

Sieht man von der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ab, ist Voraussetzung der Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung, dass mindestens eines der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen seine wirtschaftliche Selbständigkeit verliert. Dies kann entweder durch eine förmliche Verschmelzung von Unternehmen, oder durch den Erwerb der Kontrolle über ein anderes Unternehmen erfolgen. Die Erlangung der Kontrolle ist durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise möglich. Unter Kontrolle wird die Möglichkeit verstanden, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Bestimmender Einfluss liegt vor, wenn wesentliche Fragen der Geschäftsführung durch ein anderes Unternehmen entschieden werden.

Um zu einem bestimmenden Einfluss zu gelangen, muss nicht notwendig die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmrechte erworben werden. Bei einer starken Streuung des restlichen Anteilsbesitzes und einer geringen Hauptversammlungsrepräsentanz kann bereits eine Minderheitsbeteiligung ausreichen. Der Erwerb einer Sperrminorität führt als solcher zu keinem bestimmenden Einfluss.

Wird eine bestehende Kontrolle weiter verstärkt, so liegt kein neuer Zusammenschluss vor. Dagegen tritt durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle über ein zuvor gemeinsam kontrolliertes Unternehmen eine Änderung der Beherrschungsverhältnisse ein, die als Kontrollerwerb und damit als Zusammenschluss zu bewerten ist.

Ein Zusammenschluss kann aber auch durch den Erwerb von Vermögenswerten oder durch Kontrollerwerb mittels eines Vertrages bewirkt werden. Letzteres vor allem dann, wenn ein bestimmender Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse von Unternehmensorganen gesichert wird.

Ausnahmen vom Zusammenschlussbegriff sind zu Gunsten wettbewerbsneutraler Anteilserwerbe durch Finanzinstitute, Versicherungs- oder Beteiligungsgesellschaften sowie für Insolvenzverwalter vorgesehen. Der Beteiligungserwerb darf jedoch nur vorübergehend (für ein Jahr) erfolgen, die mit dem Anteilserwerb verbundenen Stimmrechte dürfen nicht ausgeübt werden, um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen.

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung unternehmerischer Kooperation nehmen die Gemeinschaftsunternehmen eine Sonderstellung ein. Darunter ist ein Unternehmen zu

verstehen, das von mehreren anderen Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird. Dies setzt voraus, dass die Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens bei Entscheidungen über seine Tätigkeit aufeinander angewiesen sind. Gemeinsame Kontrolle wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass einer der Partner eine führende Rolle einnimmt.

Dies jedenfalls dann, wenn der Minderheitsgesellschafter bei strategischen Unternehmensentscheidungen ein direktes oder indirektes Vetorecht hat. So etwa bei der Erstellung der jährlichen Budgets, der strategischen Geschäftspläne, der Veräußerung und dem Erwerb von Unternehmen, der Bestellung und Entlassung von Mitgliedern des Vorstandes oder sonstiger leitender Mitarbeiter.

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt dann einen Zusammenschluss dar, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und keine Koordination des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen zu erwarten ist. Davon kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn die Gründungsgesellschaften ihre gesamten Aktivitäten und ihr komplettes Geschäftsvermögen in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen und lediglich als Finanz- bzw. Verwaltungsholdings fortbestehen. Übernehmen Gemeinschaftsunternehmen dagegen nur bestimmte Teilfunktionen von den Gründern, stellt ein derartiges Gemeinschaftsunternehmen keinen Zusammenschluss dar, sondern dient lediglich als Hilfsinstrument für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gründer.

Darüber hinaus muss das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer angelegt sein. Nur dann liegt eine dauerhafte Veränderung der Struktur der beteiligten Unternehmen vor.

Die Antwort auf die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen eine selbständige wirtschaftliche Einheit darstellt, hängt davon ab, ob das Gemeinschaftsunternehmen in der Lage ist, unabhängig von den Interessen seiner Gründer eine eigene Geschäftspolitik zu betreiben, also selbständig zu planen, zu entscheiden und zu handeln.

Für die Einstufung, ob ein Gemeinschaftsunternehmen kooperativen oder konzentrativen Charakter hat, gilt die Wahrscheinlichkeit eines sogenannten Gruppeneffekts als ausschlaggebend. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann sich nämlich auf das Wettbewerbsverhalten der Gründerunternehmen in der Form auswirken, dass die Gründer durch die bloße Existenz des Gemeinschaftsunternehmens dazu tendieren, sich auf dem Markt gleichförmig zu verhalten. Wenn sich die Mütter nicht vollständig und dauerhaft aus den Märkten des Gemeinschaftsunternehmens zurückziehen muss damit gerechnet werden, dass das Wettbewerbsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens mit den Geschäftstätigkeiten der Gründer koordiniert wird. Der Rückzug der Gründer aus dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens muss zeitlich nicht mit dessen Errichtung zusammenfallen, vielmehr wird eine angemessene Übergangszeit zur Überwindung etwaiger Anlaufschwierigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens eingeräumt.

Vorherige Anmeldung von Zusammenschlüssen (Art 4)

Die Fusionskontrollverordnung kennt nur eine präventive Anmeldung von Zusammenschlüssen. Ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung muss nach

Abschluss des Vertrages, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebotes oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründende Beteiligung vor seinem Vollzug angemeldet werden. Wird ein Unternehmen durch Aktienkauf über die Börse erworben, ist eine Anmeldung erst dann erforderlich, wenn die Kontrolle gegeben ist.

Berechnung des Umsatzes

Für die Berechnung des Gesamtumsatzes im Sinne der Art. 1 sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind. Wird Kontrolle nur über Teile eines Unternehmens erworben, ist bei der Umsatzberechnung - unabhängig davon, ob diese Teile eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen - nur der Umsatz des entsprechenden Teiles zu berücksichtigen.

Für die Berechnung des Umsatzes von Kreditinstituten, sonstigen Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen bestehen Sonderregelungen. Bei Konzernen werden in jedem Fall zu den Umsätzen der Muttergesellschaft auch jene Umsätze addiert, die Tochterunternehmen, übergeordnete Unternehmen oder weitere von den übergeordneten Unternehmen abhängige Tochterunternehmen erzielen. Umsätze eines Gemeinschaftsunternehmens werden einem Gründerunternehmen entsprechend seiner Beteiligung zugerechnet. Wurde ein Gemeinschaftsunternehmen nur errichtet, um einen Zusammenschluss durchzuführen, sind die Muttergesellschaften als Parteien des Zusammenschlusses mit einzubeziehen.

Prüfung der Anmeldung und Einleitung des Verfahrens

Hat der angemeldete Sachverhalt keine gemeinschaftsweite Bedeutung oder liegt kein Zusammenschluss vor, stellt die Kommission dies durch Entscheidung fest. Andernfalls ist die Anmeldung zunächst zu veröffentlichen. In dieser ersten Prüfungsphase kommt dem Marktanteil der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die zentrale Bedeutung zu.

Stellt die Kommission fest, dass der angemeldete Zusammenschluss keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, keine Einwände zu erheben und erklärt den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

Stellt die Kommission hingegen fest, dass der angemeldete Zusammenschluss Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten. Diese Entscheidung muss innerhalb von 25 Arbeitstagen ab dem Arbeitstag, der auf den Tag des Eingangs der Anmeldung folgt, getroffen werden. Dadurch wird eine zweite Prüfungsphase eröffnet.

Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen (Art 7)

Der Zusammenschluss darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis eine entsprechende Entscheidung der Kommission vorliegt. Unter bestimmten Umständen kann aber eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilt werden.

Entscheidungsbefugnisse der Kommission (Art 8)

Wird über einen angemeldeten Zusammenschluss nicht schon im Vorprüfungsverfahren entschieden, muss die Kommission binnen einer Frist von weiteren 90 Arbeitstagen endgültig beschließen. Diese Frist kann allenfalls um bis zu 20 weitere Arbeitstage verlängert werden. Die Kommission kann die Genehmigung des Zusammenschlusses aber auch von Bedingungen und Auflagen, bzw. von zusätzlichen Verpflichtungen der Anmelder abhängig machen.

Eine Auflage kann etwa darin bestehen, durch Verkauf von Unternehmensteilen bzw die Lösung von Kooperationen einen - zu hohen - Marktanteil herabzusetzen oder sogar durch Aufspaltung einen unabhängigen Wettbewerber zu schaffen. Von den Zusagen und Auflagen sind Nebenabreden unter den an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu unterscheiden. Wettbewerbsbeschränkende Abreden, die sich von der Grundvereinbarung des - der Anwendbarkeit des Art. 81 EG entzogenen - Zusammenschlusses nicht trennen lassen, sind vom Kartellverbot ausgenommen. Dies jedoch unter der Voraussetzung, dass sich ohne derartige Nebenabreden der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchführen lassen würde.

Zu derartigen Nebenabreden zählen etwa Darlehens-, Dienstleistungs-, Forschungs-, Lieferund Bezugsvereinbarungen, zeitlich beschränkte nachvertragliche Wettbewerbsverbote oder die Verpflichtung, Geschäftsinformationen oder Know-how, das sich auf die von der

anderen Partei weiter betriebenen Aktivitäten bezieht, weder bekannt zu machen noch zu benutzen. Ein allgemeines, unbeschränktes, undifferenziertes Wettbewerbsverbot ist jedenfalls unzulässig.

Nebenabreden werden von der Kommission häufig nur für eine kurze Zeit anerkannt. Im Regelfall wird höchstens ein Zeitraum von fünf Jahren als angemessen angesehen.

Bei Zusammenschlüssen die keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben, wendet die Kommission das vereinfachte Verfahren an (vgl dazu die entsprechende Bekanntmachung der Kommission). Dadurch soll eine gezieltere und effizientere Fusionskontrolle sichergestellt werden.

Den anmeldenden Unternehmen wird empfohlen, bereits im Vorfeld der Anmeldung mit der Kommission Kontakt aufzunehmen. Sind alle Voraussetzungen erfüllt, wird die Kommission den Zusammenschluss im Normalfall durch eine Kurzformentscheidung genehmigen.

Wesentliche verfahrensrechtliche Fragen wurden in der neuen "Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen" geregelt.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,

Kommentar, 2005

Ausnahmen vom Kartellrecht

Das Kartellrecht kennt Sonderbestimmungen für manche Branchen (zB im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle für Medienunternehmen oder Banken), daneben können ein Ausgenommen sein.

Buchhandel

Vereinbarungen über die Bindung des Letztverkäufers im Buch-, Kunstdruck-, Musikalien-, Zeitschriften- und Zeitungshandel an den vom Verleger festgesetzten Verkaufspreis unterliegen nicht dem Kartellverbot (§ 2 Abs 2 Z 2 KartG 2005).

Grundsätzlich darf der Verleger nur seine eigenen Erzeugnisse im Preis binden. Privilegiert sind die Waren des Buchhandels, also die Werke der Literatur, insbesondere Bücher, aber auch Atlanten, Landkarten, Globen oder entsprechende Lehrmittel, Waren des Kunsthandels, die auf Grund verlegerischer Tätigkeit durch ein graphisches Verfahren vervielfältigt sind, etwa Kunstblätter oder Kalender, Waren des Musikalienhandels und des Zeitschriftenhandels (etwa auch Ansichtskarten). Antiquarische Bücher sind ebenso wenig bindungsfähig wie Schallplatten, unbespielte Musikkassetten, Videobänder oder auch CD-ROMs.

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sieht keine Ausnahmen für Bücher oder vergleichbare Kulturgüter vor. Sofern entsprechende Preisbindungen geeignet sind, den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, verstoßen sie daher gegen

Art 101 Abs 1 AEUV. Dies gilt insbesondere für die Buchimporte und -exporte zwischen Österreich und der Bundesrepublik Deutschland. Das Thema wird vor allem kulturpolitisch diskutiert, eine Überprüfung der bundesgesetzlichen Ausnahmeregelung durch den EuGH steht aus.

Genossenschaften

Das Kartellverbot ist nicht anzuwenden auf Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern sowie zwischen diesen und der Genossenschaft, soweit diese Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung des Förderungsauftrages von Genossenschaften berechtigt sind (§ 2 Abs 2 Z 3 KartG 2005).

Grundsätzlich können nur das Statut der Genossenschaft oder Beschlüsse der Genossenschaft und Vereinbarungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern bzw zwischen Genossenschaftsmitgliedern und der Genossenschaft ausgenommen werden, nicht aber Vereinbarungen zwischen Genossenschaften oder Vereinbarungen zwischen einem Genossenschaftsmitglied bzw einer Genossenschaft und Dritten.

Nach heute herrschender Lehre bedeutet die unverändert aus dem KartG 1988 übernommene Formulierung des § 2 Abs 2 Z 3 KartG 2005, dass die Wettbewerbsbeschränkung durch den Förderungsauftrag (§1 des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) gerechtfertigt sein müsse. Dadurch soll die Funktionsfähigkeit der Rechtsform Genossenschaft sichergestellt werden. Genossenschaftsimmanent ist, was untrennbar mit dem Förderauftrag verbunden ist (Immanenztheorie). Die Wettbewerbsbeschränkung muss also für

das Erfüllen der Funktion erforderlich sein und ihr nicht bloß nützen. Ist die Wettbewerbsbeschränkung aber eine Voraussetzung für die Erfüllung des Förderungsauftrages, also funktionsnotwendig, greift das KartG nicht ein, weil tatbestandsmäßig keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

Ob die Wettbewerbsbeschränkung genossenschaftsimmanent, dh erforderlich ist, um die Funktionsfähigkeit einer Genossenschaft zu sichern, ist unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstandes und der Struktur der betreffenden Genossenschaft zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob eine Wettbewerbsbeschränkung des betreffenden Inhalts erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit einer konkreten Genossenschaft zu sichern. Voraussetzung ist weiter, dass der Zweck und die Struktur der betreffenden Genossenschaft als solche kartellrechtsneutral sind.

Liegt eine genossenschaftsbezogene Wettbewerbsbeschränkung vor, spricht der Beweis des ersten Augenscheins für ein tatbestandsmäßiges Verhalten iSd KartG. Die Beweislast für die Funktionsnotwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung liegt bei der Verfahrenspartei, die diese Funktionsnotwendigkeit behauptet. Nach entsprechenden Feststellungen ist zu beurteilen, ob der konkrete Sachverhalt genossenschaftsimmanent ist.

Eine nicht funktionsnotwendige Wettbewerbsbeschränkung unterliegt grundsätzlich dem Kartellverbot. Es können aber die Bestimmungen über Bagatellkartelle (§ 2 Abs 2 Z 1 KartG 2005) zur Anwendung kommen.

Bei funktionsnotwendigen Wettbewerbsbeschränkungen ist zu überprüfen, ob durch genossenschaftsbezogene Wettbewerbsbeschränkungen der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten beschränkt wird.

In der EU gibt es - abgesehen von der Ausnahme der Verordnung des Rates zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen - kein generelles Genossenschaftsprivileg. Nach der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH unterliegen entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen dem Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV.

Kreditinstitute

Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Mitgliedern einer Kreditinstitutsgruppe im Sinne des § 30 Abs. 2a BWG sind vom Verbot des § 1 Abs 1 KartG 2005 ausgenommen (§ 2 Abs 2 Z 2 KartG 2005).

Art 102 Abs 2 AEUV sieht zwar für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, eine Ausnahmebestimmung von den Wettbewerbsregeln vor. Aber die gewöhnliche Geschäftstätigkeit der Kreditinstitute wird von dieser Regelung selbst dann nicht erfasst, wenn ein Kreditinstitut kapitalmäßig von der Öffentlichen Hand abhängig ist oder staatlicher Aufsicht unterliegt. Das Verhalten von Kreditinstituten und ihren Verbänden unterliegt somit - soweit es den zwischenstaatlichen Verkehr berührt - uneingeschränkt den Wettbewerbsregeln des AEUV. Zum Handel zählt auch der Geldverkehr.

Landwirtschaft

Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben über die Erzeugung und den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse und die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen unterliegen nicht dem Kartellverbot, sofern sie keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen (§ 2 Abs 2 Z 5 KartG 2005).

Gem Art 42 AEUV finden die EU-Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als das Europäische Parlament und der Rat dies unter Berücksichtigung der Ziele des Art 39 im Rahmen des Art 43 Abs 2 und gemäß dem dort vorgesehenen Verfahren bestimmt. Die Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates erklärt die Art 101 ff. AEUV für die Erzeugung und den Handel mit landwirtschaftlichen Gütern grundsätzlich für anwendbar.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg), Kartellrecht, Kurzkommentar, 2007

Das Verfahren nach KartG und WettbG

Verfahrensart

Soweit im KartG nichts Abweichendes bestimmt wird, haben das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht und der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden (§ 38 KartG 2005). Unter Umständen gehen Bestimmungen des KartG den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes als *lex specialis* vor. Soweit das Außerstreitgesetz nichts anderes vorsieht, ist für die Erhebung von Beweisen die ZPO maßgebend. Wer sich durch eine Verfügung des Oberlandesgerichtes Wien beschwert erachtet, kann Rekurs erheben.

In Verfahren wegen der Abstellung von Zuwiderhandlungen (§§ 26 und 27 KartG 2005), wegen Feststellungen (§ 28 KartG 2005) und wegen der Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über den Kostenersatz sinngemäß mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Kostenersatzpflicht der unterliegenden Partei nur insoweit eintritt, als die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung mutwillig war (§ 41 KartG 2005).

Amtsparteien

Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt haben immer Parteistellung, auch wenn sie nicht Antragsteller sind (§ 40 KartG 2005). Darüber hinaus ist ihnen die

Stellung eines Antrages auf Prüfung eines Zusammenschlusses sowie auf Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern vorbehalten (§ 36 Abs 2 KartG 2005).

Die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs sind berechtigt, die Einleitung von Verfahren vor dem Kartellgericht (mit Ausnahme von Verfahren zur Prüfung von Zusammenschlüssen und zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern) zu beantragen (§ 36 Abs 4 Z 3 KartG 2005) und in allen kartellgerichtlichen Verfahren Stellungnahmen abzugeben (§ 45 KartG 2005).

Ein derartiges Antragsrecht steht auch den durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichteten Behörden (Regulatoren) zu (§ 36 Abs 4 Z 2 KartG 2005). Das Kartellgericht kann darüber hinaus Regulatoren auffordern, Stellungnahmen zu den jeweiligen Wirtschaftszweig betreffenden Fragen auch in den Verfahren abzugeben, in denen sie nicht Antragssteller sind. Die Regulatoren sind berechtigt, solche Stellungnahmen auch ohne Aufforderung durch das Kartellgericht abzugeben (§ 46 KartG 2005).

Jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat, kann die Einleitung von Verfahren vor dem Kartellgericht (mit Ausnahme von Verfahren zur Prüfung von Zusammenschlüssen und zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern) beantragen (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005).

Im Verfahren vor dem Kartellgericht sind Schriftsätze und Beilagen in so vielen Gleichschriften einzubringen, dass jeder Partei, einschließlich der Amtsparteien, eine Gleichschrift zugestellt werden kann.

Verhandlungen

Im Verfahren vor dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht findet eine Verhandlung nur dann statt, wenn dies von einer Partei beantragt wurde (§ 47 Abs 1 KartG 2005). Die Verhandlung ist dann öffentlich. Die Öffentlichkeit ist nur insofern auszuschließen, als dies zur Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen notwendig ist.

Rechtsmittelverfahren

Die Rekursfrist beträgt vier Wochen (§ 49 Abs 2 KartG 2005). Die anderen Parteien können binnen vier Wochen nach Zustellung des Rekurses eine Rekursbeantwortung einbringen. In Zusammenschluss-Sachen hat das Kartellobergericht binnen zwei Monaten nach dem Einlangen der Akten zu entscheiden (§ 14 Abs 2 KartG 2005).

Anmeldungen von Zusammenschlüssen

Anmeldungen von Zusammenschlüssen haben genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen, durch die eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden

kann, zu enthalten. Dazu gehören vor allem Angaben zur Unternehmensstruktur (Eigentumsverhältnisse und Unternehmensverbindungen), zu den Umsatzerlösen, zu den Marktanteilen und zur allgemeinen Marktstruktur (§ 10 Abs 1 KartG 2005).

Jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, kann binnen 14 Tagen ab Bekanntmachung des Zusammenschlusses eine Äußerung abgeben (§ 10 Abs 4 KartG 2005). Im Rahmen eines

(aufgrund des Prüfungsantrages einer Amtspartei eingeleiteten) Prüfungsverfahrens können derartige Äußerungen zeitlich unbefristet abgegeben werden (§ 11 Abs 3 KartG 2005).

Kartellgericht

Das Oberlandesgericht Wien ist als Kartellgericht für das gesamte Bundesgebiet zuständig (§ 58 Abs 1 KartG 2005). Seine Senate bestehen aus einem Richter als Vorsitzenden, einem weiteren Berufsrichter und zwei fachkundigen Laienrichtern. Letztere werden je von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und der Wirtschaftskammer Österreich vorgeschlagen.

Kartellobergericht

Über Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Kartellgerichtes entscheidet der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (§ 58 Abs 2 KartG 2005). Die einfachen Senate des Obersten Gerichtshofes bestehen aus einem Richter als Vorsitzenden, zwei weiteren Berufsrichtern und zwei fachkundigen Laienrichtern, die von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und von der Wirtschaftskammer Österreich vorgeschlagen werden. Die verstärkten Senate des Obersten Gerichtshofes setzen sich aus sieben Berufsrichtern und zwei fachkundigen Laienrichtern zusammen. Auch diese fachkundigen Laienrichter werden von den beiden Kammern vorgeschlagen.

Bundswettbewerbsbehörde

Durch das Wettbewerbsgesetz wurde beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine Bundeswettbewerbsbehörde eingerichtet, welche insbesondere vermutete

Wettbewerbsverzerrungen in Einzelfällen untersuchen sowie im Rahmen aller Verfahren vor dem Kartellgericht und Kartellobergericht als Partei mit Antragsrecht auftreten kann. Der Bundeswettbewerbsbehörde ist (gemeinsam mit dem Bundeskartellanwalt aber unabhängig von diesem) die Stellung von Anträgen auf Prüfung eines Zusammenschlusses und auf die Verhängung von Geldbußen oder Zwangsstrafen vorbehalten.

Das Kartellgericht hat auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde bei Vorliegen des begründeten Verdachts eines Verstoßes gegen die §§ 1, 5 oder 17 KartG 2005, bzw gegen die Art 81 oder 82 EG eine Hausdurchsuchung anzuordnen (§ 12 Abs 1 WettbG).

Der Bundeswettbewerbsbehörde obliegt insbesondere die Unterstützung der Europäischen Kommission sowie das Zusammenwirken mit der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten.

Die Bundeswettbewerbsbehörde entscheidet also (etwa im Gegensatz zum deutschen Bundeskartellamt oder zur Europäischen Kommission) nicht, sondern ermittelt nur und beantragt gegebenenfalls beim Kartellgericht die Einleitung eines Verfahrens. Die Sachentscheidung liegt dann beim Kartellgericht, die Bundeswettbewerbsbehörde kann den Beschluss mit Rekurs bekämpfen, die endgültige Entscheidung liegt dann beim OGH.

Wettbewerbskommission

Bei der Bundeswettbewerbsbehörde ist eine Wettbewerbskommission als beratendes Organ eingerichtet. Dieser kommen vor allem in Angelegenheiten der Zusammenschlusskontrolle erhebliche Mitwirkungsrechte zu.

Verfahren vor ordentlichen Gerichten

Gewisse Ansprüche aus dem KartG können (insbesondere in Verbindung mit § 1 UWG) auch vor Handelsgerichten geltend gemacht oder eingewendet werden. Diese Verfahren sind nach den Bestimmungen der ZPO durchzuführen.

Die mit 1. Mai 2004 in Kraft getretene Reform des EU-Kartellrechts hatte nicht zuletzt das Ziel, die Kommission vor dem Hintergrund der gleichzeitig erfolgten EU-Osterweiterung aktenmäßig zu entlasten. Unternehmen sollen ermutigt werden, kartellrechtlich relevante Streitfragen künftig nicht (primär) im Wege von Beschwerden an die zuständigen Wettbewerbsbehörden heranzutragen, sondern derartige Fragen zunehmend im Rahmen zivilrechtlicher Verfahren klären zu lassen. Dies folgt in gewisser Weise der USamerikanischen Praxis.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2006

Das Verfahren vor der Europäischen Kommission

Art 103 AEUV

Art 103 AEUV enthält eine umfassende Ermächtigung des Rates, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlamentes Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen, welche zur Durchsetzung des Kartellverbotes (Art 101 AEUV) und des Missbrauchsverbotes (Art 102 AEUV) zweckdienlich sind. Als wichtigste Verfahrensvorschrift gilt die am 1. Mai 2004 in Kraft getretene Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates.

Zuständigkeit

Die Europäische Kommission verfügt als Kartellbehörde der Europäischen Union über weitreichende Ermittlungs-, Verfolgungs-, Entscheidungs- und Sanktionsrechte. Sie ist vor allem zuständig, Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder Art 102 AEUV festzustellen und die beteiligten Unternehmen zu verpflichten, die festgestellten Zuwiderhandlungen abzustellen.

Aus der Direktwirkung der in Art 101 Abs 1 und Art 102 AEUV niedergelegten Verbote folgt auch eine Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts. Gem Art 6 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 sind (auch) die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der Art 101 und 102 AEUV zuständig. Dieser gemeinsamen Zuständigkeit wird durch die Bekanntmachung der Kommission über die

Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Staaten bei der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV Rechnung getragen. Grundsätzlich hat der nationale Richter der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Gegebenenfalls hat er das Verfahren auszusetzen.

Eine enge Zusammenarbeit findet auch zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden statt (vgl die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden). Gem Art 5 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 sind ja auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Art 101 und 102 AEUV in Einzelfällen zuständig.

Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen

Von der Europäischen Kommission können Zuwiderhandlungen gegen Art 101 Abs 1 oder Art 102 AEUV förmlich festgestellt werden. In diesem Zusammenhang kann die Europäische Kommission den beteiligten Unternehmen entweder empfehlen oder sie verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Eine derartige Abstellungsanordnung muss einen konkreten und ohne weiteres vollziehbaren Inhalt aufweisen.

Dabei kann die Kommission nicht nur die Fortsetzung bestimmter, dem Vertrag zuwiderlaufender Tätigkeiten oder Verhaltensweisen verbieten, sondern auch die Vornahme bestimmter Handlungen oder die Erbringung bestimmter Leistungen anordnen. Die Abstellungsanordnung soll die Rechtsverletzung vollständig ausräumen und möglichen Wiederholungen vorbeugen.

Das Verfahren zur Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen kann von der Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eingeleitet werden. Antragsberechtigt sind Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen. Dazu müssen Tatsachen vorgetragen werden, die vernünftigerweise auf die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Art 101 oder 102 AEUV schließen lassen. Darüber hinaus ist zu begründen, dass durch die vermutete Zuwiderhandlung die Interessen des Antragstellers beeinträchtigt werden. Weiters sind auch die Mitgliedstaaten der EU antragsberechtigt.

Die Kommission kann einem begründeten Verdacht auf Zuwiderhandlungen mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nachgehen. Sie ist also zu einer eingehenden Prüfung des mitgeteilten Sachverhaltes sowie zu weiteren Ermittlungen und zur Eröffnung eines Verfahrens nicht verpflichtet, sondern kann auch auf die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden oder einzelstaatlicher Gerichte verweisen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit gegen eine Entscheidung, mit der die Kommission den Antrag eines Beschwerdeführers auf Verfahrenseinleitung ablehnt, erfolgsversprechend vor dem EuGH Beschwerde nach Art 265 AEUV geführt werden kann.

Im Rahmen der Befugnis zur Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen kann die Kommission auch einstweilige Anordnungen treffen. Dies ist aber nur bei erwiesener Dringlichkeit und nur zu dem Zweck zulässig, einen schweren und nicht wiedergutzumachenden vom Antragsteller abzuwendenden Schaden oder eine für die Allgemeinheit unerträgliche Situation zu beseitigen. Die Entscheidung in der Hauptsache darf durch eine derartige Sicherungsmaßnahme nicht vorweggenommen werden.

Geldbußen und Zwangsgelder

Die in den Art 101 Abs 1 und Art 102 AEUV ausgedrückten Verbote können von der Kommission durch die Auferlegung von Geldbußen oder Zwangsgeldern durchgesetzt werden. Die Geldbuße soll einerseits unerlaubte Verhaltensweisen ahnden, andererseits deren Wiederholung durch die selben oder dritte Unternehmen vorbeugen. Verstöße gegen das EGKartellrecht sind mit Geldbußen von bis zu 10 % des Umsatzes bedroht, den das einzelne an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielt hat. Die Verhängung derartiger Geldbußen setzt ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln der Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen voraus. Beihilfe oder Versuch stehen nicht unter der Bußgeldandrohung.

Die Zuwiderhandlung muss entweder vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein. Ein Subsumtionsirrtum schließt vorsätzliches Handeln nicht aus. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter hätte zumindest wissen müssen, dass sein Verhalten geeignet war, den Tatbestand des Art 101 Abs 1 oder Art 102 AEUV zu verwirklichen. Dabei setzt die Kommission auch für kleinere Unternehmen die Kenntnis ihrer einschlägigen Entscheidungspraxis und der Rechtsprechung des EuGH voraus. Auch falsche Rechtsberatung schließt schuldhaftes Handeln nicht aus.

Bei der Bemessung der Geldbuße sind die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Bei Beteiligung mehrerer Unternehmen ist der Grad der jeweiligen Verantwortlichkeit festzustellen und die Sanktion individuell zu bemessen. Es gehört aber

auch zu den legitimen Zielen der Geldbuße, die aus der Zuwiderhandlung erfließenden wirtschaftlichen oder finanziellen Vorteile einzelner Unternehmen abzuschöpfen.

Zwangsgelder dienen - im Gegensatz zu Geldbußen - dem Zweck, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zur Erfüllung von Verpflichtungen anzuhalten, die ihnen durch förmliche Entscheidung der Kommission auferlegt worden sind. In einer ersten Entscheidung wird der für jeden Tag des Verzuges zu zahlende Betrag festgesetzt (bis zu 5% des im vor wird der Zeitpunkt bestimmt, von dem an Zwangsgelder erhoben werden. Hat das Unternehmen der Aufforderung der Kommission nicht fristgemäß Folge geleistet, wird in einer zweiten Entscheidung der fällige vollstreckbare Gesamtbetrag festgestellt.

Feststellung der Nichtanwendbarkeit

Die Kommission kann nicht allein die in den Art 101 und 102 AEUV niedergelegten Verbote durchsetzen, sondern auch ausnahmsweise eine positive Feststellungsentscheidung treffen, nämlich gem Art 10 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 – aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft – im Einzelfall feststellen, dass Art 101 oder 102 AEUV keine Anwendung findet.

Auskunftsverlangen

Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (wie auch die Fusionskontrollverordnung) räumt der Kommission förmliche, mit Hilfe von Geldbußen und Zwangsgeldern durchsetzbare

Auskunfts- und Nachprüfungsrechte ein. Diese Befugnisse können unabhängig von einander ausgeübt werden. Für die Einholung von Auskünften ist ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. Zunächst richtet die Kommission an die betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ein einfaches, schriftliches Auskunftsverlangen. Wird die benötigte Auskunft nicht innerhalb der vorgesehenen Frist oder nicht vollständig erteilt, kann die Kommission eine förmliche Auskunftsentscheidung treffen. Darin ist ein Hinweis auf die Folgen etwaiger Zuwiderhandlungen, sowie eine Rechtsmittelbelehrung aufzunehmen.

Nachprüfungen

Während das Auskunftsrecht zur Beschaffung von Informationen dient, soll über das Nachprüfungsrecht der Kommission die Richtigkeit und Tragweite von Informationen festgestellt werden. Bedienstete der Europäischen Kommission können Bücher und sonstige Geschäftsunterlagen prüfen, Abschriften oder Auszüge aus Büchern und Geschäftsunterlagen anfertigen, mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anfordern und alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel der Unternehmen betreten. In seinem "Hoechst"-Urteil hat der EuGH die gegen Unternehmen gerichteten Nachprüfungsmaßnahmen als mit dem Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung und mit Art 8 EMRK für vereinbar erklärt. Die Nachprüfungs-Entscheidung ergeht nach Anhörung der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates. Diese Konsultation kann formlos, auch telefonisch erfolgen und muss nicht einmal protokolliert werden. Das betroffene Unternehmen kann während der Nachprüfung seinen Rechtsberater beiziehen, die Anwesenheit des Beraters ist jedoch keine Gültigkeitsvoraussetzung der Nachprüfung. Werden Nachprüfungen nicht geduldet, können nicht bloß Geldbußen oder Zwangsgelder verhängt werden, sondern die Bediensteten der Europäischen Kommission können auch Beamte der zuständigen nationalen Behörde

anfordern, welche gegebenenfalls unter Anwendung nationaler Gesetzesbestimmungen den Widerstand überwinden können.

Weitere Verfahrensvorschriften

Wesentliche weitere Bestimmungen finden sich in der Verordnung (EG) Nr 773/2004 der Kommission über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art 101 und 102 AEUV durch die Kommission, welche durch die Erwägungen der Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30.6.2008 ergänzt wurden, sowie in mehreren Bekanntmachungen der Kommission.

Fusionskontrollverfahren

Die Verfahrensbestimmungen für die Fusionskontrolle sind in der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen enthalten und weitgehend den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates nachgebildet. Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind nach Vertragsabschluß, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbes einer die Kontrolle begründenden Beteiligung noch vor ihrer Durchführung bei der Kommission anzumelden. Stellt die Kommission fest, dass der Zusammenschluss unter die Fusionskontrollverordnung fällt, veröffentlicht sie die Tatsache der Anmeldung unter Angabe der Namen der Beteiligten, der Art des Zusammenschlusses sowie der betroffenen Wirtschaftszweige. Weitere Bestimmungen über Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung Nr. 139/2004 finden sich in der

Durchführungsverordnung (EG) Nr 802/2004 der Kommission, sowie in mehreren Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission.

Unmittelbar nach dem Eingang der Anmeldung beginnt die Kommission mit deren Prüfung. Gelangt die Kommission zum Schluss, dass der angemeldete Zusammenschluss nicht unter die Fusionskontrollverordnung fällt, stellt sie dies durch Entscheidung fest. Stellt die Kommission dagegen fest, dass der angemeldete Zusammenschluss zwar unter diese Verordnung fällt, jedoch keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt gibt, trifft sie die Entscheidung, keine Einwände zu erheben und erklärt den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Stellt sie hingegen fest, dass der angemeldete Zusammenschluss unter die Fusionskontrollverordnung fällt und Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten.

Der Zusammenschluss darf weder vor der Anmeldung, noch vor einer entsprechenden Entscheidung der Kommission vollzogen werden. Die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens und Entscheidungen im Rahmen eines eingeleiteten Verfahrens müssen innerhalb knapper Fristen ergehen. Die Kommission kann den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären, sie kann diese Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, sie kann den Zusammenschluss aber auch als mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar erklären. Ist der Zusammenschluss bereits vollzogen, kann die Kommission die Trennung der zusammengefassten Unternehmen oder die Beendigung der gemeinsamen Kontrolle anordnen.

Literatur:

Gugerbauer (Hg.), Gesetzbuch Kartellrecht, 4. Auflage 2008

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2,

Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl 2006

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd 1, Europäisches Recht,

Kommentar, 2005

Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004

Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1996.

Das Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union und dem Gericht erster Instanz

Der EuGH

Der Gerichtshof der Europäischen Union gehört neben der Kommission, dem Rat, dem Europäischen Parlament und dem Rechnungshof zu den Organen, denen die Wahrnehmung der der Gemeinschaft zugewiesenen Aufgaben übertragen worden ist. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften kommt die Funktion der rechtsprechenden Gewalt zu. Im AEUV betreffen die Art 251 ff den EuGH. In diesen Artikeln finden sich auch die Kompetenzzuweisungen, welche durch die Satzung des EuGH ergänzt und durch die Verfahrensordnung konkretisiert werden.

Im Zusammenhang mit der Überprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen der Kommission sind insbesondere die Art 263 ff AEUV von Bedeutung.

Art 261 AEUV (Ermessensnachprüfung, Ersatzvornahme)

Aufgrund der Verträge vom Europäischen Parlament und vom Rat gemeinsam sowie vom Rat erlassene Verordnungen können hinsichtlich der darin vorgesehenen Zwangsmaßnahmen dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Zuständigkeit übertragen, welche die Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung und zur Änderung oder Verhängung solcher Maßnahmen umfasst.

Durch Art 261 AEUV wird (insbesondere) der Rat ermächtigt, die Zuständigkeit des Gerichtshofes bei der Nachprüfung von Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane mit Zwangscharakter zu erweitern. Davon sind etwa individuelle Geldbußen oder Zwangsgelder betroffen, die eine bestimmte Person beschweren. Der Rat hat von der Möglichkeit, Zwangsmaßnahmen vorzusehen und gleichzeitig deren unbeschränkte Nachprüfung durch den Gerichtshof zu ermöglichen, insbesondere im Rahmen der Durchführungsverordnung zu den Art 101 und 102 AEUV Gebrauch gemacht.

Art 31 der Verordnung (EG) Nr 1/2003:

Nachprüfung durch den Gerichtshof. Bei Klagen gegen Entscheidungen, mit denen die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt hat, hat der Gerichtshof die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung. Er kann die festgelegte Geldbuße oder das festgesetzte Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen.

Durch die aus Art 261 AEUV erfließende Erweiterung der richterlichen Befugnisse ergibt sich zunächst eine unbeschränkte Nachprüfungsbefugnis des EuGH. Die tatsächlichen Feststellungen, die zur Begründung eines unter Anwendung von Art 261 AEUV ergangenen Urteils erforderlich sind, machen unter Umständen umfassendere Ermittlungen erforderlich, als die Feststellungen, welche eine reine Nichtigerklärung stützen. Der EuGH kann ausnahmsweise selbst Ermessensentscheidungen fällen, er muss daher auch die Ermessensausübung der Kommission uneingeschränkt kontrollieren können, wobei sich die Kontrolle auch auf die Bereiche der Zweckmäßigkeit, Billigkeit usw erstreckt.

Da bei Anwendung von Art 261 AEUV auch subjektive Rechte der Betroffenen berücksichtigt werden, kann der EuGH die angegriffene Entscheidung beseitigen, abändern und darüber hinaus auch Anordnungen an das beklagte Organ (etwa die Europäische Kommission) richten. Auch ohne Vorliegen eines Rechtsfehlers oder einer falschen Tatsachenbeurteilung in einer Entscheidung der Kommission, kann der EuGH die Entscheidung ändern oder aufheben, wenn sie ihm unangebracht erscheint.

Aus Art 31 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates ergibt sich darüber hinaus, dass auch eine *reformatio in peius* zulässig ist, der Gerichtshof hat sich jedoch zu dieser Frage bislang noch nicht geäußert.

Von der Änderung oder Beseitigung von Zwangsmaßnahmen abgesehen kann der EuGH auch damit zusammenhängende Fragen regeln. Dies gilt etwa für die Anordnung, dass rechtswidrig erhaltene oder zurückgehaltene Zahlungen zu verzinsen sind, oder für die grundsätzliche Anerkennung von Schadenersatzansprüchen Betroffener.

Art 263 AEUV (Nichtigkeitsklage)

Der Gerichtshof der Europäischen Union überwacht die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der Europäischen Zentralbank, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, und der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Er überwacht ebenfalls die

Rechtmäßigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.

Zu diesem Zweck ist der Gerichtshof der Europäischen Union für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union ist unter den gleichen Voraussetzungen zuständig für Klagen des Rechnungshofs, der Europäischen Zentralbank und des Ausschusses der Regionen, die auf die Wahrung ihrer Rechte abzielen.

Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.

In den Rechtsakten zur Gründung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union können besondere Bedingungen und Einzelheiten über die Erhebung von Klagen von natürlichen oder juristischen Personen gegen Handlungen dieser Einrichtungen und sonstigen Stellen vorgesehen werden, die eine Rechtswirkung gegenüber diesen Personen haben.

Die in diesem Artikel vorgesehenen Klagen sind binnen zwei Monaten zu erheben; diese Frist läuft je nach Lage des Falles von der Bekanntgabe der betreffenden Handlung, ihrer Mitteilung an den Kläger oder in Ermangelung dessen von dem Zeitpunkt an, zu dem der Kläger von dieser Handlung Kenntnis erlangt hat.

Art 264 AEUV

Ist die Klage begründet, so erklärt der Gerichtshof der Europäischen Union die angefochtene Handlung für nichtig.

Erklärt der Gerichtshof eine Handlung für nichtig, so bezeichnet er, falls er dies für notwendig hält, diejenigen ihrer Wirkungen, die als fortgeltend zu betrachten sind.

Die Nichtigkeitsklage ermöglicht eine objektive richterliche Kontrolle der Handlungen der Europäischen Kommission. Sie ist eine Gestaltungs- und keine Feststellungsklage. Das stattgebende Urteil beseitigt die Wirkung einer Entscheidung "ex tunc". Eine Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges ist keine Voraussetzung der Einbringung einer Nichtigkeitsklage an den EuGH, letztere ist also ein selbständiger Rechtsbehelf.

Kommissions-Entscheidungen sind nur dann angreifbar, wenn sie in einem rechtlichen Sinne existent sind. Entscheidungen, die mit besonders schweren und offenkundigen Fehlern

behaftet sind können rechtlich inexistent sein. Eine Nichtigkeitsklage gegen derartige Akte ist dann gegenstandslos und somit unzulässig.

Handlungen und Entscheidungen können also im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nur dann angegriffen werden, wenn sie verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen. Als rechtsverbindliche Handlung ist etwa die Ablehnung eines Antrags auf Tätigwerden der Kommission anzusehen, soweit eine entsprechende Verpflichtung zum Handeln besteht.

Rein vorbereitende Maßnahmen (etwa die Einleitung eines Wettbewerbsverfahrens oder die Mitteilung über die Beschwerdepunkte) können wegen fehlender Rechtswirkungen nicht mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden. Soweit Zwischenentscheidungen jedoch in Ausnahmefällen eigenständige rechtliche Wirkungen erzeugen, können sie ebenfalls zum Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gemacht werden (dies gilt etwa für die Entscheidung der Kommission über die Gewährung der Akteneinsicht).

Zu den Klageberechtigten gehören neben den EU-Mitgliedstaaten und den Organen der EU auch natürliche und juristische Personen. Die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder der Aufenthaltsort sind dabei unbeachtlich. Als juristische Personen sind insbesondere alle Kapitalgesellschaften, Berufsvereinigungen, Unternehmensverbände und Körperschaften klageberechtigt.

Voraussetzung der Klageberechtigung ist, dass der Kläger von der inkriminierten Maßnahme unmittelbar und individuell betroffen wird. Im Zusammenhang mit der Betroffenheit sind drei

Kategorien zu unterscheiden: Einerseits Entscheidungen, welche unmittelbar an den Kläger ergangen sind. Die Klagebefugnis erstreckt sich dabei auch auf die Ablehnung eines Antrages des Klägers auf Tätigwerden in eigener Sache oder gegenüber Dritten. Weiters bei Entscheidungen, die als Verordnungen ergangen sind. Dadurch soll verhindert werden, dass Gemeinschaftsorgane durch die bloße Wahl der Rechtsform der zu treffenden Maßnahme den Rechtsschutz der natürlichen oder juristischen Personen verkürzen können.

Schließlich kann die Klagebefugnis auch dann gegeben sein, wenn die angegriffene Entscheidung nicht an den Kläger, sondern an einen Dritten adressiert war. Voraussetzung ist freilich, dass der Kläger in seiner Rechtstellung unmittelbar und individuell beeinträchtigt wird. Die "unmittelbare Betroffenheit" wird vor allem bei Konkurrentenklagen großzügig ausgelegt. Es kommt wesentlich darauf an, ob die an den Dritten gerichtete Entscheidung den Kläger aufgrund besonderer persönlicher Eigenschaften oder Umstände in seiner Rechtstellung besonders betrifft und ihn damit in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten.

Die Nichtigkeitsklage ist binnen zwei Monaten einzubringen. Die Frist beginnt mit der Veröffentlichung der betreffenden Handlung im Amtsblatt der EU, der individuellen Mitteilung an den Kläger oder der tatsächlichen Kenntniserlangung. Es handelt sich dabei um eine Ausschlussfrist.

Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn die angegriffene Handlung oder Entscheidung mit einem der in Art 263 Abs 2 AEUV genannten Mängel, nämlich Unzuständigkeit, Verletzung

wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauch belastet ist.

Die Kommission könnte etwa unzuständig sein, wenn ein rein regionaler Wettbewerbsverstoß vorliegt, der allein in die Kompetenz der nationalen Kartellbehörde fällt. Zu den von der Kommission zu berücksichtigenden Formvorschriften gehören die Beteiligungs- und Anhörungsrechte, die Vorschriften des Beschlussverfahrens, die Begründungspflicht und die Veröffentlichung.

Der von einer Entscheidung der Kommission betroffene Einzelne hat insbesondere Anspruch auf rechtliches Gehör, Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse und Vertraulichkeit des anwaltlichen Schriftverkehrs. Soweit interessierte Dritte unmittelbar und individuell von den wirtschaftlichen Folgen einer Entscheidung betroffen sind, ist auch ihnen ein Recht auf Anhörung zuzugestehen.

Ein Ermessensmissbrauch wird dann angenommen, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien feststeht, dass die fragliche Handlung zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder aber mit dem Ziel erlassen worden ist, ein für die Regelung des fraglichen Sachverhaltes vorgesehenes Verfahren zu umgehen.

Art 265 AEUV (Beschwerde wegen Untätigkeit)

Unterlässt es das Europäische Parlament, der Europäische Rat, der Rat, die Kommission oder die Europäische Zentralbank unter Verletzung der Verträge, einen Beschluss zu fassen, so können die Mitgliedstaaten und die anderen Organe der Union beim Gerichtshof der Europäischen Union Klage auf Feststellung dieser Vertragsverletzung erheben. Dieser Artikel gilt entsprechend für Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, die es unterlassen, tätig zu werden.

Diese Klage ist nur zulässig, wenn das in Frage stehende Organ, die in Frage stehende Einrichtung oder sonstige Stelle zuvor aufgefordert worden ist, tätig zu werden. Hat es bzw. sie binnen zwei Monaten nach dieser Aufforderung nicht Stellung genommen, so kann die Klage innerhalb einer weiteren Frist von zwei Monaten erhoben werden.

Jede natürliche oder juristische Person kann nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 vor dem Gerichtshof Beschwerde darüber führen, dass ein Organ oder eine Einrichtung oder sonstige Stelle der Union es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an sie zu richten.

Im Unterschied zur Nichtigkeitsklage (Art 263 AEUV) ist die Untätigkeitsklage auf die "Feststellung" der Vertragsverletzung gerichtet. Sie ist gegenüber der Nichtigkeitsklage subsidiär. Die Untätigkeitsklage ist deshalb unzulässig, wenn die Kommission, der die Untätigkeit zur Last gelegt wird, gehandelt hat, sei es auch in rechtswidriger Weise.

Anders als nach Art 230 EG sind nach Art 263 AEUV alleine Organe der Union und Mitgliedstaaten zur Untätigkeitsklage berechtigt. Natürliche oder juristische Personen können

sich nur mehr mit einer Beschwerde an den Gerichtshof wenden, dass die Kommission es unterlassen habe, eine Entscheidung über eine eingebrachte Beschwerde (etwa wegen eines Verstoßes gegen Art 101 oder 102 AEUV) herbeizuführen.

Zuständigkeitsregeln

1989 wurde dem Europäischen Gerichtshof ein Gericht erste Instanz beigeordnet. Dies ist insbesondere auch zuständig für Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen gegen die Kommission, das heißt insbesondere auch für Klagen in Wettbewerbssachen.

Das - auf Rechtsfragen beschränkte - Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gerichts erster Instanz geht an den Gerichtshof der Europäischen Union. Das Rechtsmittel kann von jeder Partei eingelegt werden, die mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist. Die Rechtsmittelfrist beträgt zwei Monate, beginnend mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung. Das Rechtsmittel hat keine aufschiebende Wirkung.

Literatur:

Hakenberg/Stix-Hackl, Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, 2.

Aufl. 2005

Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2004