

Zusammenschlussrecht

Inhaltsübersicht	Seite
I. Grundsätzliches	1
II. Österreichische Zusammenschlusskontrolle	4
A. Entstehungsgeschichte	4
B. Zusammenschlussbegriff (§ 7 KartG)	4
C. Inlandsauswirkung	5
D. Anmeldeschwellen: Umsatz, Gegenleistung	6
E. Prüfungs- und Untersagungsgründe	7
F. Anmeldeverfahren	10
G. Medienzusammenschlüsse	11
III. Europäische Zusammenschlusskontrolle	12
A. EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO)	12
B. Zusammenschlussbegriff (Art 3 FKVO)	12
C. Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art 1 FKVO)	15
D. Untersagungsgründe	17
E. EU-Fusionskontrollverfahren	18
F. Fälle (EU)	20
IV. Nebenabreden (ancillary restraints)	21
V. Einreden	22
VI. Fragen	23

I. GRUNDSÄTZLICHES

Die Zusammenschlusskontrolle¹ ist wettbewerbsrechtliche **(Markt-)Strukturkontrolle ex ante** im Gegensatz zur Verhaltenskontrolle ex post durch Marktaufteilungs- und Marktmachtmissbrauchsverbot (vgl 1. Doppelstunde). Auch in vielen Ländern außerhalb der EU, zB China, USA² uvm.

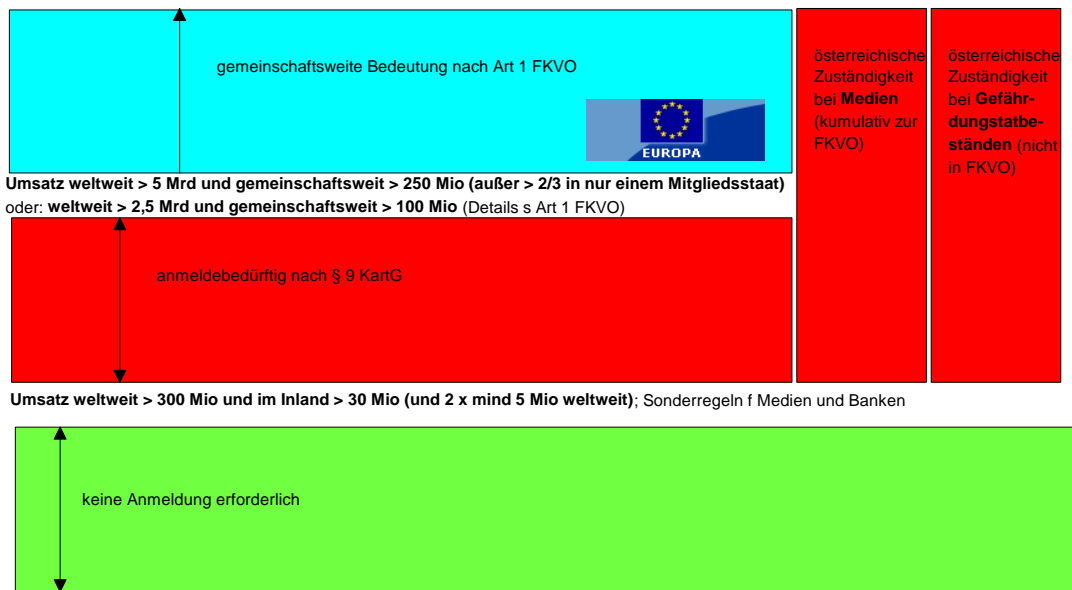
Sie greift ein,

- bevor (**Ex-ante-Kontrolle, Vollzugsverbot**, dadurch Obliegenheit der Beteiligten zur Anmeldung)

¹ Ausf dazu *Brugger*, Unternehmenserwerb² (2020), Rz 16.1-16.433 (Seite 642–767).

² Pre-merger notification filings made pursuant to Sections 7A (known as the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976) and 8 of the Clayton Act.

- ein Zusammenschluss durch Erwerb der "sole control" oder "joint control" (und nach österreichischem Recht auch weitere Sondertatbestände) verwirklicht wird (Kontrollerwerb, **Zusammenschlussbegriff** s. u.),
- der bedeutsam ist (**Umsatzschwellenwerte** s. u.) und zwar:
 - unterer Bereich (unter dem österreichischen Schwellenwert und daher auch unterhalb des [höheren] EU-Schwellenwerts) = unbedeutsam = keine Zusammenschlusskontrolle
 - mittlerer Bereich (über dem österreichischen und unter dem unionsrechtlichen Schwellenwert) = bedeutsam für die österreichische Zusammenschlusskontrolle nach dem **KartG**
 - oberer Bereich (über dem unionsrechtlichen Schwellenwert) = bedeutsam für die EG- Zusammenschlusskontrolle nach der **FKVO**. Daneben ist natürlich bei entsprechender Marktbetroffenheit auch die Anwendung außereuropäischer Gesetze durch dortige Wettbewerbsbehörden denkbar, zB US anti-trust law durch die FTC (Federal Trade Commission).



Begrenzt wird der Anwendungsbereich des österreichischen Rechts oder Unionsrechts durch internationale Abgrenzung (Marktbetroffenheit, EU- bzw Inlandsauswirkung, s. u.).

Die Zusammenschlusskontrolle hat also 3 Voraussetzungen (Prüfungsschema):

- Vorliegen eines Zusammenschlusses (Art 3 FKVO; § 7 KartG)
- Überschreiten der Umsatzschwellen (Art 1 Abs 2 oder Art 1 Abs 3 FKVO; § 9 KartG)
- Marktauswirkung Ö bzw EU (inhaltliche Prüfung erst, wenn aufgrund der zwei vorigen Kriterien überhaupt ein Verfahren einzuleiten ist)

Behördenzuständigkeit:

- im mittleren Bereich: österr Kartellbehörden (Phase 1: **BWB**, Phase 2: OLG Wien als KG und in zweiter Instanz der OGH als KOG)
- im oberen Bereich: **Kommission** (für Phase 1 und Phase 2), Rechtsmittelinstanz: Gericht (GerI, General Court) und EuGH.

Es gibt dabei für die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden – ungewöhnlich im Rechtssystem – **Entscheidungsfristen**, bei deren Überschreitung die Genehmigung fingiert wird.

Kommission		Ger-I oder EuGH
25 (+10?) Arbeitstage	90 (+15 od 20?) Arbeitstage	(keine Entscheidungsfristen)
Phase 1	Phase 2	
BWB	OLG Wien	OGH
4 Wochen	5 Monate	2 Monate
Phase 1	Phase 2 wegen Prüfungsantrags	Phase 2b wegen Rekurses

- Diese Zuständigkeiten nach EG-Recht können nach bestimmten Regeln verschoben werden (vgl Art 4/4, Art 4/5, Art 9 und Art 22 FKVO); diesfalls wendet die dann zuständig gewordene Wettbewerbsbehörde ihr eigenes Wettbewerbsrecht an.
- Grundsatz des "**one stop shop**" (nur nationale Wettbewerbsbehörde **oder** Kommission ist zuständig). Ausnahmen:
 - Auch nicht EU-Staaten sind betroffen, dann dort auch Anmeldung erforderlich
 - Mehrere Mitgliedstaaten sind betroffen und FKVO-Schwellenwerte werden nicht erreicht, so dass in jedem dieser Länder gesondert angemeldet werden muss (dann aber nach Art 4/5 FKVO Verweisung der Verfahren an Kommission möglich; allenfalls auch Art 22 FKVO).
 - Sonderbetroffenheit eines Mitgliedsstaates, dann (Teil-)Verweisung des Falles an nationale Behörde möglich (Art 4/4 oder Art 9 FKVO)
 - Kumulative nationale Sonderprüfungszuständigkeit (Art 21/4 FKVO), zB bei Medienfusionskontrolle § 13 KartG

USA: Der Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act von 1976 (Public Law 94-435, allgemein bekannt als "HSR Act") vereinbart eine Reihe von Gesetzesnovellierungen des amerikanischen Kartellrechts, vornehmlich des Clayton Antitrust Act. Der HSR Act wurde von Präsident *Gerald R Ford* am 30. 9. 1976 zum Gesetz gemacht. Er ist nach den Senatoren *Philip A Hart* und *Hugh D Scott Jr*, sowie dem Abgeordneten *Peter W Rodino* benannt. Der HSR Act bestimmt, dass vor Wirksamwerden bestimmter Zusammenschlüsse, Ausschreibungen und anderer Beteiligungen beide Parteien

ein Anzeige- und Berichtsformular ("Notification and Report Form") bei der Federal Trade Commission und beim stellvertretenden Generalstaatsanwalt im Auftrag der Kartellabteilung des Justizministeriums einreichen müssen.

Vorbemerkung: Anders als beim (nur von engen Ausnahmen abgesehen) generell geltenden Kartellverbot, führt die Zusammenschlusskontrolle nur dann zu einer Untersagung, wenn durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§ 12 Abs 1 KartG) bzw. (nach Unionsrecht) wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde (Art 2 Abs 3 FKVO). Die Konzentration wird also nicht schlechthin unterbunden, sondern nur, wenn die Wettbewerbsintensität ernsthaft beeinträchtigt wird. Selbst dies wird hingenommen, wenn die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses durch Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf einem Drittmarkt überkompensiert werden (§ 12 Abs 2 Z 1 KartG) oder die sonst nicht realisierbare Erhaltung oder Verbesserung internationaler Wettbewerbsfähigkeit resultiert, sofern der Zusammenschluss auch volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist (eigentlich Leerformel). Unionsrechtlich sind zusammenschlussbedingte Effizienzgewinne, insbesondere die Förderung von Verbraucherinteressen, zu berücksichtigen.

II. ÖSTERREICHISCHE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

A. Entstehungsgeschichte

Echte Zusammenschlusskontrolle erst 1993 eingeführt (bis dahin bloße Anzeigepflicht). KartG-Nov 1999: Änderung der Schwellenwerte und Abschaffung der Anzeigepflicht für mittelgroße Zusammenschlüsse. Geringfügige Änderung d Schwellenwerte seit 1.1.2006

B. Zusammenschlussbegriff (§ 7 KartG)

Kontrollerwerb in verschiedenen Varianten (§ 7 Abs 1 Z 1 bis 5 KartG 2005)

§ 7. (1) Als Zusammenschluss im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten

1. der Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil, durch einen Unternehmer, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung,
2. der Erwerb eines Rechts durch einen Unternehmer an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge,
3. der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erreicht oder überschritten wird,
4. das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind,
5. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

- Vollfunktions- Gemeinschaftsunternehmen (Abgrenzung des konzentrativen zum kooperativen GU) – beide werden jetzt als Zusammenschluss geprüft zusätzlich zur Kartellprüfung

§ 7 (2) Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

- Anlehnung an Kriterien der FKVO, Unterschiede zur FKVO
- Konzernprivileg

§ 7 (4) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor.

Ausgehend vom Charakter der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle sollen nur Vorgänge erfasst werden, die zu einer dauerhaften Änderung der Marktstruktur führen. Diese Prognose hat ex ante zu erfolgen. Die EK nimmt im Rahmen der FKVO eine dauerhafte Veränderung an, wenn der Erwerbsvorgang unbefristet ist. Eine bloß theoretische Kündigungsmöglichkeit ist unerheblich. Bei vertraglichen Vereinbarungen, die befristet sind, verlangt sie eine Vertragsdauer von mindestens 10 Jahren, im Einzelfall wurden auch 8 Jahre als ausreichend gesehen. Kürzere Zeiträume können dann zu dauerhaften Änderungen führen, wenn sie verlängert werden können und eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Verlängerung besteht.³

C. Inlandsauswirkung

Siehe Schwellenwerte und § 24 Abs 2 KartG

§ 24 (2) Dieses Bundesgesetz ist nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist.

In einer Leitentscheidung sagte der OGH ausdrücklich:⁴
Durch den Erwerb eines Unternehmens im Ausland, das auf einem abgegrenzten ausländischen Markt tätig wird, ändert sich aber an der Anzahl der am für das Inland relevanten Markt - dieser kann auch Teil eines Weltmarktes sein (vgl dazu OGH 14. 2. 2005 16 Ok 1/05) – tätig werdenden „selbständigen Marktteilnehmer“ nichts. Derartige Zusammenschlüsse wurden auch bisher nicht von der österreichischen Zusammenschlusskontrolle erfasst. Die Frage, ob sich durch einen günstigen Kauf eines Unternehmens in einem anderen Land, das auch nur in diesem anderen Markt tätig wird, die Finanzkraft des heimischen Unternehmens verstärkt, ist keine Frage, die auf die Aufrechterhaltung der Marktstruktur hinsichtlich der Anzahl der daran teilnehmenden selbständigen Unternehmen abzielenden Zusammenschlusskontrolle unmittelbar einwirkt (die wirtschaftliche Potenz könnte auch durch einen besonders günstigen Grundstückskauf verbessert werden).

Durch den Erwerb eines Unternehmens im Ausland, das auf einem abgegrenzten ausländischen Markt tätig wird, ändert sich an der Anzahl der am für das Inland relevanten Markt - dieser kann auch Teil eines Weltmarktes sein - tätig werdenden „selbständigen Marktteilnehmer“ nichts.⁵

Dazu Bekanntmachung ("Standpunkt") der BWB:
"[...] Bezüglich dieser Inlandsauswirkung genügt bereits „die abstrakte Möglichkeit einer Auswirkung bzw. eine potentielle Beeinträchtigung der Wettbewerbsvoraussetzungen im Inland.“ Es sollen also nur jene Fälle von vorne herein ausgeschlossen werden, die offensichtlich und ohne Zweifel keinen Österreichbezug aufweisen, also im Ausland vollzogen werden und sich auch sonst nicht auf den österreichischen Markt auswirken. [...]
Die Bundeswettbewerbsbehörde legt das Kriterium der mangelnden Inlandsauswirkung restriktiv aus. Im Zweifel wird von der Anmeldebedürftigkeit eines Vorhabens

³ OGH 8.10.2015, 16 Ok 3/15z, auf Dauer angelegter Managementvertrag Rehabilitationszentrum R (5 Jahre Kündigungsverzicht mit Verlängerungsoption).

⁴ OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 49/05, ERSTE Bank/Česká spořitelna, versus Fall OGH als KOG 14.2.2005, 16 Ok 1/05, Lenzing.

⁵ OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 49/05, ERSTE Bank.

ausgegangen.

Die Beurteilung des Vorliegens dieser (Anmelde-)Voraussetzungen liegt in der Verantwortung der Zusammenschlusswerber (§ 17 iVm § 29 KartG 2005). Die verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses kann Geldbußen gemäß § 29 Z 1 lit a KartG 2005 nach sich ziehen. [...]

Unternehmen, die Rechtssicherheit hinsichtlich der Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses suchen, können als Alternative zu einer Zusammenschlussanmeldung einen sogenannten "Feststellungsantrag" nach § 28 Abs 2 KartG 2005 einbringen. Dabei hat das Kartellgericht zu prüfen, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt. Allerdings sind für dieses Verfahren - im Unterschied zum Zusammenschlussverfahren (4 Wochen bzw. 5 Monate) - keine Fristen vorgesehen. Sollte das Kartellgericht zum Ergebnis gelangen, dass ein anmeldepflichtiger Sachverhalt vorliegt, müsste eine Anmeldung erfolgen."

D. Anmeldeschwellen: Umsatz, Gegenleistung

Übersicht zu den turnover thresholds s.o.; im Detail siehe § 9 KartG:⁶

§ 9. (1) Zusammenschlüsse bedürfen der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

1. weltweit insgesamt mehr als 300 Millionen Euro,
2. im Inland insgesamt mehr als 30 Millionen Euro, davon mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als eine Million Euro, und
3. mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als fünf Millionen Euro.

(2) Ausgenommen von Abs. 1 sind Zusammenschlüsse, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

1. nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als fünf Millionen Euro und
2. die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als 30 Millionen Euro.

(3) Bei der Anwendung der Abs. 1 Z 1 und 2 und des Abs. 2 Z 2 auf Medienzusammenschlüsse (§ 8) sind die Umsatzerlöse von Medienunternehmen und Mediendiensten mit 200, die Umsatzerlöse von Medienhilfsunternehmen mit 20 zu multiplizieren.

Relevanter Umsatz der "beteiligten Unternehmen" nach österreichischem Recht: Alle Unternehmen auf Seite des Erwerbers und das Zielunternehmen (jeweils als Konzern mit allen 25%-Beteiligungen); das veräußernde Unternehmen nur, wenn es zu mindestens 25% beteiligt bleibt (zB bei Joint Venture). Konzerninterne Umsätze sind nicht einzurechnen.

Außerdem (seit 1.11.2017) Relevanz der Gegenleistung⁷ (insb bei IT-Unternehmen), der "Size of transaction-Test":

(4) Zusammenschlüsse, auf die Abs. 1 nicht anwendbar ist, bedürfen auch der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn

1. die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss Umsatzerlöse von weltweit insgesamt mehr als 300 Millionen Euro erzielten,
2. die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von insgesamt mehr als 15 Millionen Euro erzielten,
3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 200 Millionen Euro beträgt und
4. das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

Erhebliche **Inlandstätigkeit** liegt vor zB bei einer Zweigniederlassung (mit inländi-

⁶ § 9 Abs 1 Z 2 KartG („mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als eine Million Euro“) idF KaWeRÄG 2021; BGBl I Nr. 176/2021, anwendbar auf Zusammenschlüsse Anwendung, die nach dem 31.12.2021 angemeldet werden. Nach Erwartung der BWB würde sich damit die Zahl der notwendigen Anmeldungen um über 40% reduzieren.

⁷ Die BWB und das deutsche BKartA haben im Juni 2018 einen gemeinsamen – rechtlich nicht verbindlichen, aber in der Praxis beachtlichen – Leitfaden zur Anwendung der neuen Transaktionswert-Schwelle in der Zusammenschlusskontrolle zur Konsultation veröffentlicht, siehe www.bwb.gv.at.

schem Marktbezug, Leitfaden Rz 68) oder bei hohen Nutzerzahlen oder hoher Zugriffshäufigkeit einer Website.

Beispiel: Im Zuge allgemeiner Markt- und Medienbeobachtung erlangte die BWB Kenntnis über den Zusammenschluss zwischen den beiden US-ansässigen Unternehmen *Facebook* und *GIPHY*, welcher im Mai 2020 durchgeführt wurde. Die BWB gelangte zum Ergebnis, dass *GIPHY* in Österreich in erheblichem Umfang tätig ist. Der Erwerb von *GIPHY* durch *Facebook* hätte in Österreich angemeldet werden müssen, da er die Kriterien der Transaktionswertschwelle erfüllt. Die BWB stellte beim KG einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße in Höhe von EUR 9,6 Mio wegen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot.⁸

Nach dem Leitfaden (Rz 52) sind durch den Erwerber übernommene **Verbindlichkeiten** ebenfalls als Teil der Gegenleistung für den Erwerb eines Zielunternehmens zu erachten und daher dem Wert des Kaufpreises hinzuzurechnen. Dies trifft auf alle vom Erwerber im Rahmen eines Zusammenschlusses übernommenen Verbindlichkeiten zu, also sowohl auf (verzinsliche) Verbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens als auch auf zusätzlich übernommene Verbindlichkeiten des Veräußerers. Im Falle eines Share Deals sind nach dem Leitfaden neben etwaigen vom Veräußerer übernommenen Verbindlichkeiten auch die Verbindlichkeiten des Zielunternehmens (!) relevant; das ist mE freilich kaufmännisch unlogisch, weil eine Kreditaufnahme des Zielunternehmens (Kreditverbindlichkeit als Passivposten in der Bilanz) gleichzeitig zu einer Vermehrung des Vermögens (gekauft Anlagevermögen oder erhöhtes Bankguthaben als Aktivposten in der Bilanz) führt, keine Unternehmenswertrelevanz hat und keine Gegenleistung des Erwerbs (siehe Gesetzestext) darstellt.

E. Prüfungs- und Untersagungsgründe

Ein Zusammenschluss ist zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (§ 4, vgl 6. Doppelstunde) entsteht oder verstärkt wird ("**Dominance-Test**"). Außerdem wurde mit Wirksamkeit ab 1. 1. 2022 der nach EU-Recht (siehe unten) und dem Recht etlicher anderer Länder schon gültigen **IESC-Test** („wirksamer Wettbewerb erheblich behindert“) auch in Österreich für Anwendbar erklärt (vgl § 12 Abs 1 Z 2 lit b KartG):

- § 12. (1) Wenn die Prüfung des Zusammenschlusses beantragt worden ist, hat das Kartellgericht
1. den Antrag zurückzuweisen, wenn kein anmeldebedürftiger Zusammenschluss vorliegt;
 2. den Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass
 - a. durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (§ 4) entsteht oder verstärkt wird oder
 - b. wirksamer Wettbewerb sonst erheblich behindert wird;oder, wenn dies nicht der Fall ist,
 3. auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird.
- (2) Trotz Vorliegens der Untersagungs Voraussetzungen nach Abs. 1 hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn
1. zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen,
 2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, oder
 3. die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen.

Untersagung ist selten.

Zusammenschluss im Glückspielbereich wurde 2016 untersagt.⁹

⁸ Rechtskräftig mit dieser Geldbuße durch Settlement beendetes Verfahren.

⁹ OGH als KOG 21. 12. 2016, 16 Ok 11/16b, *Novomatic AG* beabsichtigte den Erwerb von (direkt bzw indirekt) über 25% der Anteile an *Casinos Austria Aktiengesellschaft*, den Erwerb von (indirekt) über 25% der Anteile an

Auflagen § 12 Abs 3 KartG

§ 12 (3) Wenn die Voraussetzungen sonst nicht gegeben sind, kann das Kartellgericht den Ausspruch, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, mit entsprechenden Beschränkungen oder Auflagen verbinden. Wenn sich nach diesem Ausspruch die maßgeblichen Umstände ändern, kann das Kartellgericht auf Antrag eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmers erteilte Beschränkungen oder Auflagen ändern oder aufheben.

„Auflage“ ist eine Anordnung, mit der den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Sie müssen so beschaffen sein, dass sie entweder eine marktbeherrschende Stellung nicht entstehen lassen oder deren Verstärkung verhindern oder die Marktbeherrschungseffekte derart abfedern, dass einer der Rechtfertigungsgründe nach § 12 Abs 2 KartG 2005 verwirklicht wird. Sie dürfen auf unbestimmte Zeit erlassen werden. Den möglichen Inhalt einer Auflage gibt das Gesetz nicht vor. Auflagen können bloße Verhaltensaufgaben oder strukturelle Auflagen sein.

Nach der Systematik des Gesetzes ist im Falle der Nichtuntersagung eines Zusammenschlussvorhabens wegen Auflagen und Beschränkungen in einem **ersten Prüfungsschritt** festzustellen, ob die Auflagen und Beschränkungen so gewählt wurden, dass sie schon keine marktbeherrschende Stellung entstehen lassen oder verhindern, dass eine solche verstärkt wird. Dies ist dann der Fall, wenn die Auflagen hinreichend wirksam und nachhaltig und damit geeignet sind, eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss zu verhindern oder auszugleichen. Wird diese Vorgabe erreicht, kann der Zusammenschluss nicht untersagt werden. Lässt hingegen die Prognose der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung erwarten, bleibt in einem **zweiten Prüfungsschritt** zu fragen, ob die Auflagen und Beschränkungen trotz Vorliegens der Untersagungsbedingungen nach § 12 Abs 1 KartG 2005 einen der Rechtfertigungsgründe des § 12 Abs 2 KartG 2005 verwirklichen.¹⁰

Beispiel: Der am 24.10.2016 bei der BWB¹¹ angemeldete Zusammenschluss *Gewista - Ankünder* umfasste insbesondere die Erhöhung der Beteiligung des führenden Anbieters von Außenwerbung *Gewista-Werbe-gesellschaft m.b.H.*, Wien („*Gewista*“) am drittgrößten Anbieter *Ankünder GmbH*, Graz („*Ankünder*“) von 24,9 % auf 33,3%. *Ankünder* erlangt im Gegenzug von *Gewista* Anteile zu je 49 % an Megaboard und (indirekt) dem Teilbetrieb Tirol-Vorarlberg, die beide bisher zu 100 % im Eigentum von *Gewista* standen, sowie Know-How im Bereich der Digitalisierung, in welchem *Gewista* und insbesondere deren Muttergesellschaft *JC Decaux* Innovationsführer sind. Sowohl BWB als auch Bundeskartellanwalt stellten einen Antrag auf vertiefte Prüfung durch das KG. Nach Ansicht der BWB war insbesondere zu prüfen, ob das Vorhaben

Österreichische Lotterien Gesellschaft m.b.H. sowie den Erwerb von Kontrolle an der *Casinos Austria Aktiengesellschaft*.

¹⁰ OGH als KOG 7. 7. 2016, 16 Ok 5/16w, *akutstationäre Krankenhausbehandlung in der Sonderklasse und im Privatspital Wiener Privatklinik Goldenes Kreuz/PremiQaMed Group (UNIQA)*.

¹¹ BWB/Z-3250

eine marktbeherrschende Stellung von *Gewista* auf dem nationalen Außenwerbemarkt begründet oder verstärkt (zB. indem *Gewista* von Ankünder bei der Vergabe/Zubuchung von Flächen in der Steiermark gegenüber anderen Konkurrenten bevorzugt wird; indem Ankünder als tatsächlicher oder potentieller Konkurrent von *Gewista* wegfällt; indem *Gewista* einen entscheidenden Vorteil im Aufbau eines nationalen digitalen Netzes erhält; indem Ankünder bei nationalen Buchungen Flächen von *Gewista* bevorzugt u.a.)

Ebenso war zu prüfen, ob dadurch auch eine marktbeherrschende Stellung von Ankünder auf dem Außenwerbemarkt in der Steiermark begründet oder verstärkt wird (zB indem *Gewista* bevorzugt/verstärkt bei Ankünder zubucht und nicht mehr bei anderen Konkurrenten von Ankünder; durch einen Vorsprung durch einen Knowhow-Transfer im Bereich der Digitalisierung u.a.).

Das Kartellgericht ging auf Basis eines von ihm in Auftrag gegebenen Gutachtens - wie die BWB - weiterhin von einem eigenen Markt für Außenwerbung aus, der von anderen Werbemärkten zu trennen sei. Ebenso kam es zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss zu einer signifikanten Konzentration in den betrachteten Märkten führt, die nicht mehr als per se unbedenklich gelten kann.

Anders als die BWB ging das Kartellgericht¹² jedoch davon aus, dass diese erhöhte Konzentration dennoch kaum zu wettbewerblichen Problemen führen wird. Weder erwartet es „klassische“ negative horizontale Effekte wie etwa Preiserhöhung oder Qualitätsreduzierung, da ein hoher Fixkostenanteil und eine gegengewichtige Marktmacht von Mediaagenturen bei nationalen Kampagnen gegensteuern würden. Noch erwartet das Kartellgericht negative vertikale Auswirkungen wie eine Abschottung von Kunden (indem *Ankünder* und *Gewista* künftig nur mehr gegenseitig zubuchen, nicht mehr jedoch bei Konkurrenten), da dies entweder schon jetzt passiere und keine Änderung zu erwarten sei oder die Änderung durch den jetzigen Zusammenschluss nur marginal sei. Auch die Digitalisierung sei in vorhersehbarer Zukunft kein transformatorisches Thema und daher nicht ausschlaggebend.

Lediglich bezüglich der Möglichkeit und dem Anreiz zur potentiellen Abschottung von Einsatzmittel für nationale Kampagnen teilte das Kartellgericht die Sorgen der BWB. Es wurden daher Auflagen verhängt, die die diskriminierungsfreie Zubuchungsmöglichkeit von ausreichend Werbeflächen aller Medienarten (insbesondere City light und Poster lights, da diese fast ausschließlich im Eigentum von Ankünder stehen) in Graz und Steiermark Land in entsprechender Qualität zu marktüblichen Konditionen für nationale Kampagnen vorsehen.

Die von den Zusammenschlussparteien angebotenen **Verhaltensauflagen** wurden vom (vom Kartellgericht beauftragten) Gutachter mittels mehrerer Markttests mit betroffenen Unternehmen überprüft und letztlich vom Kartellgericht als geeignet befunden, um die wettbewerblichen Bedenken nachhaltig auszuräumen. Die Einhaltung der Auflagen wird durch einen Treuhänder überprüft werden, der den Amtsparteien berichtet.

Weiteres Beispiel: Zusammenschluss *METRO/AGM* (am 02.09.2021 bei der BWB angemeldet) wurde mit strukturellen Auflagen vom Kartellgericht genehmigt

Bei den Ermittlungen durch die BWB wurden wettbewerbliche Bedenken identifiziert, wodurch das Zusammenschlussvorhaben in seiner damaligen Form aus Sicht der Behörde nicht freigabefähig war. Die Anmelder hatten keine Maßnahmen angeboten, um die bestehenden Bedenken auszuräumen. Die BWB und der Bundeskartellanwalt stellten jeweils einen Prüfungsantrag an das Kartellgericht (Phase II) und leiteten damit eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht ein.

Die BWB begründete ihren Prüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass durch den Zusammenschluss im Lebensmittelgroßhandel, in dem beide Anmelder aktiv sind, infolge von Marktanteilsadditionen die Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 4 Abs 2 Z 1 KartG erfüllt werden würde.

Das Kartellgericht holte ein Sachverständigengutachten zum relevanten Markt ein. In dem Sachverständigengutachten wurden bezüglich zwei Standorten die wettbewerblichen Bedenken der Behörden geteilt. Die Anmelder haben daraufhin gegenüber dem Kartellgericht **strukturelle Auflagen** angeboten, um dauerhaft negativen Veränderungen auf den beiden lokalen Märkten entgegenzuwirken. Gegenüber Verhaltensauflagen, die einen anhaltenden Eingriff darstellen, wirken strukturelle Auflagen durch einen einmaligen - meist stärkeren - Eingriff direkt auf die Marktstruktur nach dem Zusammenschluss und sind daher meist auch wirksamer als laufend zu überprüfende Verhaltensauflagen, um die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. Dies war im Anlassfall angezeigt. Die Auflagen betreffen zwei (2) Standorte, nämlich Bludenz und Klagenfurt, welche nunmehr an Wettbewerber abgegeben werden müssen.¹³

¹² OLG Wien als KG 19. 4. 2017, rk.

¹³ OLG Wien als KG 24. 3. 2022, rk.

Entflechtung nach § 16 KartG als nachträgliche Maßnahme

§ 16. Nach der zulässigen Durchführung eines anmeldebedürftigen Zusammenschlusses kann das Kartellgericht den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmern unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nachträglich Maßnahmen auftragen, durch die die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden, wenn

1. die Nichtuntersagung des Zusammenschlusses bzw. der Verzicht auf einen Prüfungsantrag, die Unterlassung eines Prüfungsantrags oder die Zurückziehung eines Prüfungsantrags auf unrichtigen oder unvollständigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder
2. einer mit der Nichtuntersagung verbundenen Auflage zuwidergehandelt wird.

F. Anmeldeverfahren

Anmeldung gemäß § 9 KartG (s o); Formblatt der BWB (statt des BMJ) auf Website der BWB. Selbstverständlich unterliegt die Anmeldung der Wahrheitspflicht, widrigens wegen unrichtiger und irreführender Angaben in einer Zusammenfassungsmeldung (§ 29 Z 2 lit b KartG) eine Geldbuße droht.

Beispiel: Geldbuße EUR 750.000,- bei der Übernahme von *Paper-Net* mit Asset Deal durch *Europapier*.¹⁴

Ähnlich wie bei der EK gibt es auch bei der BWB die Möglichkeit einer Pränotifikation (Vorgespräche bei voraussichtlich schwierigen Anmeldeverfahren); dazu ein Leitfaden der BWB.¹⁵

Phase 1: §§ 10 u 11 KartG (und § 10a WettbG betr Pauschalgebühr)

Phase 2 (wird durch einen von der BWB oder vom BKANw innerhalb von 4 Wochen zur Post gegebenen Prüfungsantrag in Gang gesetzt): § 14 KartG

§ 11. (1) Binnen vier Wochen nach dem Einlangen der dem § 10a WettbG entsprechenden Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde können die Amtsparteien (§ 40) beim Kartellgericht die Prüfung des Zusammenschlusses beantragen.

(1a) Die Frist nach Abs. 1 verlängert sich auf sechs Wochen, wenn dies der Anmelder innerhalb der vierwöchigen Frist gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde begehrt. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat das Begehren unverzüglich an den Bundeskartellanwalt weiterzuleiten. In einem Prüfungsantrag ist auf die Fristverlängerung unter Anschluss des Begehrens hinzuweisen.

(2) Wenn ein Prüfungsantrag gestellt worden ist, hat die Bundeswettbewerbsbehörde dies unverzüglich öffentlich bekannt zu machen.

(3) Jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, kann im Prüfungsverfahren gegenüber dem Kartellgericht schriftliche Äußerungen abgeben; darauf ist in der Bekanntmachung hinzuweisen. Der Einschreiter erlangt hiedurch keine Parteistellung.

(4) Vor Ablauf der Frist können die Amtsparteien gegenüber dem Anmelder auf die Stellung eines Prüfungsantrags verzichten. Haben sie auf die Stellung eines Prüfungsantrags zwar nicht verzichtet, innerhalb der Antragsfrist aber keinen Prüfungsantrag gestellt, dann haben sie dies dem Anmelder unverzüglich mitzuteilen.

¹⁴ OLG Wien als KG 18. 10. 2016, Settlement (BWB/VD-245), *Europapier* (hatte bei Darstellung des Asset Deals am 19. 6. 2015 zu BWB/Z-2695 nur den Erwerb des Geschäftsbereichs Werbetechnik, nicht aber die zusätzliche Übernahme von vier Arbeitnehmern der Sparte Papiergroßhandel angegeben).

¹⁵ BWB, Leitfaden Februar 2023,

https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Leitfaden_Praenotifikationsverfahren_Barrierefrei.pdf



Grafik Th Taurer/WKO 2005.

Der Zielgesellschaft kommt im kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrollverfahren materielle Parteistellung zu. Die materielle Parteistellung der Zielgesellschaft bringt nicht nur Rechte (zB Akteneinsicht), sondern auch Pflichten mit sich, besteht im Zusammenschlusskontrollverfahren doch eine Mitwirkungspflicht nur für Parteien, nicht aber für außenstehende Personen.¹⁶

Nur selten werden angemeldete Zusammenschlüsse gänzlich untersagt; Beispiel: Novomatic durfte nicht bei Casinos Austria einsteigen.¹⁷

G. Medienzusammenschlüsse

§ 8 KartG

§ 8. (1) Ein Zusammenschluss ist ein Medienzusammenschluss, wenn mindestens zwei der beteiligten Unternehmer beziehungsweise Unternehmen zu einer der folgenden Gruppen gehören:

1. Medienunternehmen oder Mediendienste (§ 1 Abs. 1 Z 6 und 7 Mediengesetz, BGBl. Nr. 314/1981),
 2. Medienhilfsunternehmen (Abs. 2) oder
 3. Unternehmen, die an einem Medienunternehmen, Mediendienst oder Medienhilfsunternehmen einzeln oder gemeinsam mittelbar oder unmittelbar zu mindestens 25% beteiligt sind.
- (2) Als Medienhilfsunternehmen im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten
1. Verlage, sofern sie nicht Medienunternehmen sind,
 2. Druckereien und Unternehmen der Druckvorstufe (Repro- und Satzanstalten),
 3. Unternehmen, die Werbeaufträge beschaffen oder vermitteln,
 4. Unternehmen, die den Vertrieb von Medienstücken im großen besorgen,
 5. Filmverleihunternehmen.

(3) Ein Zusammenschluss ist ein Medienzusammenschluss auch dann, wenn nur eines der beteiligten Unternehmen zu den im Abs. 1 Z 1 bis 3 aufgezählten Unternehmen gehört und an mindestens einem weiteren am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein oder mehrere Medienunternehmen, Mediendienste oder Medienhilfsunternehmen mittelbar oder unmittelbar insgesamt zu mindestens 25% beteiligt sind.

Untersagungsgrund

- "Dominance" oder:
- "wenn zu erwarten ist, dass die Medienvielfalt beeinträchtigt wird" (§ 13 KartG)

¹⁶ OGH als KOG 12. 10. 2016, 16 Ok 9/16h, Einstieg des Glücksspielanbieters *Novomatic* bei *Casinos Austria (Casag)*.

¹⁷ OGH als KOG 21. 12. 2016, 16 Ok 11/16b, *Novomatic/Casag*.

Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle ist die Erhaltung einer Marktstruktur mit einer möglichst großen Anzahl "selbständiger" Marktteilnehmer und das daraus resultierende Potential zum Wettbewerb, nicht aber das konkrete Verhalten der Marktteilnehmer. Inwieweit selbständige Unternehmen nun tatsächlich miteinander konkurrieren oder sich durch Absprachen verbinden, ist eine Frage der Kartellaufsicht.¹⁸

III. EUROPÄISCHE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

A. EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO)

Seit 1.5.2004: Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung); (EC Merger Regulation) auf der Rechtsgrundlage von Art 352 AEUV erlassen.

Dazu: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 5.2.2004; dazu: Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings und: Durchführungsverordnung 802/2004 vom 7.4.2004 mit Formblatt CO für Anmeldungen

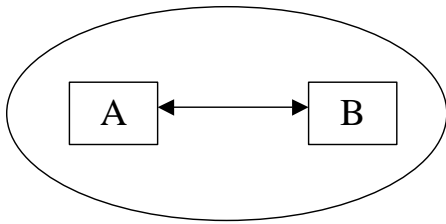
Weitere rechtliche Dokumente siehe:
<http://www.profbrugger.at/kartell/zusammenschluss.eu.shtml>

Das Fusionskontrollverfahren nach europäischem Recht ist in der FKVO und in der Durchführungsverordnung festgelegt. In der FKVO wird der EK die ausschließliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung übertragen. Zusammenschlüsse, bei denen die Umsatzschwellen der Fusionskontrollverordnung erreicht werden, sind bei der EK anzumelden. Solche Zusammenschlüsse dürfen erst nach der Genehmigungsentscheidung durch die Kommission vollzogen werden. Bei Verstößen gegen diese Verpflichtungen kann die Kommission eine Geldbuße verhängen. Ab dem Datum der Anmeldung hat die Kommission im Allgemeinen einen Monat lang Zeit für eine erste Beurteilung der angemeldeten Transaktion. Wenn die Kommission ernste Zweifel an der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt hat, leitet sie das eingehendere, so genannte Verfahren der Phase II ein, für das weitere vier Monate vorgesehen sind. Wenn die Kommission innerhalb dieser Fristen keine Entscheidung annimmt, gilt der Zusammenschluss als genehmigt.

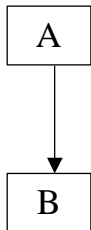
B. Zusammenschlussbegriff (Art 3 FKVO)

1. Fusion

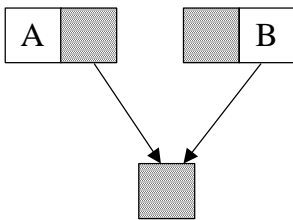
¹⁸ OGH als KOG RIS-Justiz RS0117535: Die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle liegt darin, präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer „österreichischen“ Marktstruktur - mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren - zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht. Es soll eine entsprechende Anzahl an potentiell mit einander konkurrierenden „selbständigen Marktteilnehmern“ auf diesem Markt erhalten bleiben. Danach ist auch die Frage der „Inlandswirkung“ zu beurteilen. Bei allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen, die von ausländischen Unternehmen ausgehen, rechtfertigt nur eine unmittelbare Inlandsauswirkung die Anwendung des nationalen Kartellrechts.



2. Kontrollerwerb (**sole control**)



3. Vollfungtionsgemeinschaftsunternehmen



Gemeinsame Kontrolle (joint control)

insb: gemeinsame Aufstellung eines Businessplans als Indiz für gemeinsame Kontrolle

Gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, entscheidenden Einfluss in einem anderen Unternehmen auszuüben. Entscheidender Einfluss bedeutet hier in der Regel die Macht, Aktionen blockieren zu können, die das strategische Wirtschaftsverhalten eines Unternehmens bestimmen. Die gemeinsame Kontrolle kann auf rechtlicher oder faktischer Grundlage erworben werden.

Das Kartellverbot (Art 101 Abs 1 AEUV, § 1 Abs 1 und 2 KartG) ist auf Unternehmen, die die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG erfüllen, nur im Fall einer Vollfusion nicht anwendbar, weil dann nämlich unabhängige, konkurrierende Entscheidungsträger wegfallen und die Kartellaufsicht als Verhaltenskontrolle ins Leere stößt – auch "Konzernprivileg" genannt. Absprachen zwischen Unternehmen, die demselben Konzern angehören, sind dann ausnahmsweise nicht am Kartellverbot zu messen, wenn die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in der die einzelnen Gesellschaften des Unternehmens ihr Verhalten am Markt nicht selbstständig bestimmen können, sondern von den Weisungen der Konzernmutter abhängig sind.

Das Kartellverbot erfasst hingegen auch solche fusionsähnliche Formen, die die wirtschaftliche Selbstbestimmung der beteiligten Unternehmen nicht beseitigen, so etwa, wenn sich ein Kartell der Form eines **Gemeinschaftsunternehmens** (GU) bedient. Derartige Tatbestände sind nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Zusammenschlusskontrolle, sondern auch nach Art 101 Abs 1 AEUV (bzw § 1 Abs 1 und 2 KartG) zu beurteilen. Es

gibt demnach keinen allgemeinen Vorrang der Fusionskontrollvorschriften vor dem Kartellverbot,¹⁹ wohl aber hinsichtlich des Missbrauchsverbots.²⁰

Begriff Gemeinschaftsunternehmen: Verbindung von Unternehmen oder Personen zur Durchführung eines spezifischen Geschäftsvorhabens. Nach den europäischen Wettbewerbsregeln sind GUs Unternehmen, die von zwei oder mehr anderen Unternehmen gemeinsam kontrolliert werden. In der Praxis umfasst der Begriff GU ein breites Spektrum an Aktivitäten, das von fusionsähnlichen Operationen bis zu einer Zusammenarbeit lediglich bei bestimmten Tätigkeiten, wie z. B. Forschung und Entwicklung, Produktion oder Vertrieb, reicht. Vollfunktions-GU, die auf dem Markt unabhängig von ihren Muttergesellschaften tätig sind, werden als Zusammenschlüsse nach der Fusionskontrollverordnung behandelt.

Ein Gemeinschaftsunternehmen ist ein Unternehmen, das von zwei oder mehreren anderen Unternehmen "gemeinsam kontrolliert" wird. Gemeinsame Kontrolle (joint control im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, sole control) liegt dann vor, wenn die Gründer des GU in der Leitung des GU aufeinander angewiesen sind. Typisches Beispiel: Beiden Gesellschaftern kommt je 50 % der Stimmrechte zu und für eine wirksame Beschlussfassung ist eine Mehrheit von mehr als 50 % erforderlich. Weiteres Beispiel: Drei Gründer haben je ein Drittel der Stimmrechte und für wirksame Beschlüsse sind mehr als zwei Drittel der Stimmen erforderlich, sodass sich die Gründer für die Beschlussfassung, also für die Leitung des GU, jeweils koordinieren müssen.

Wenn ein solches GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, ist es ein "Vollfunktions-GU". Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn das GU nicht nur für vorübergehende Zwecke (zB nur Forschung und Entwicklung oder nur Produktion für die Gründer ohne eigenen Marktzugang) gegründet worden ist. Es muss außerdem am Markt jene Funktionen ausüben, die auch von den anderen Marktteilnehmern wahrgenommen werden (Management für das Tagesgeschäft, ausreichenden Ressourcen an Finanzen, Personal sowie Vermögenswerten).

Ein Vollfunktions-GU ist also ein der Zusammenschlusskontrolle unterliegender Zusammenschluss.

Ein Vollfunktions-GU kann aber eine Koordinierung des Marktverhaltens der Gründerunternehmen bewirken und bedarf dann besonderer Prüfung nach Artikel 101 AEUV, § 1 Abs 1 und 2 KartG.

Kooperative Effekte sind dann unwahrscheinlich, wenn sich die Gründerunternehmen vom Markt des GU zurückziehen und auch auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder einem benachbarten oder eng verknüpften Markt keine nennenswerte gleichzeitige Präsenz haben; außerdem darf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keine Koordinationsmöglichkeit der beteiligten Gründer zur Ausschaltung des Wettbewerbs ergeben (die Gründer müssen dem GU daher operative Selbständigkeit und Unabhängigkeit in der Geschäftspolitik gewähren).

Es ist für die Anwendung der Zusammenschlusskontrollvorschriften nicht (nicht mehr) relevant, ob das Vollfunktions-GU konzentrativ oder kooperativ ist.²¹ Die allfälligen kooperativen Elemente unterliegen gegebenenfalls dem Kartellverbot ("doppelte Kontrolle"); eine rein zusammenschlussrechtliche Genehmigung befreit nicht vom Kartellverbot.

Nu ein reines sog "konzentratives Gemeinschaftsunternehmen" ist ein Zusammenschluss, der nicht zugleich dem Kartellverbot widerspricht.

Beispiel: Die *Styria Medien AG* und die *Moser Holding AG (MOHO)* bildeten 2008 ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen durch gemeinsame Kontrolle (je 50 %) der am Gratiswochenzeitungsmarkt tätigen Gesellschaften der *Styria* und *MOHO*.²²

Nach Unionsrecht hingegen können die kooperativen Elemente eines Vollfunktions-GU anlässlich der Zusammenschlussgenehmigung auch nach Art 101 AEUV gewürdigt werden (Art 2 Abs 4 FKVO): "kooperative Vollfunktions-GU".

¹⁹ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08.

²⁰ OGH als KOG 4. 10. 2010, 16 Ok 6/10: "Die Zusammenschlusskontrolle soll wettbewerbsschädliche Konzentrationsprozesse von vornherein unterbinden. Demgegenüber setzt das Missbrauchsverbot erst eine Stufe später an, weil es Marktbeherrschung als Tatbestandsmerkmal voraussetzt und nur deren Missbrauch verbietet. Nach hL ist § 5 KartG auf Beteiligungsvorgänge nicht anwendbar; insoweit kommt den spezielleren Regeln über die Zusammenschlusskontrolle der Vorrang zu."

²¹ Die in § 41 Abs 2 Z 2 KartG 1988 enthaltene Beschränkung, wonach die Gründung eine GU nur dann als Zusammenschluss galt, wenn dies keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründer im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zum GU mit sich brachte, ist im § 7 Abs 2 KartG 2005 entfallen.

²² Dieser Zusammenschluss wurde – trotz Marktbeherrschung – zusammenschlussrechtlich nach ausgiebiger Prüfung deshalb ohne Auflagen genehmigt, weil durch Effizienzgewinne letztlich der Wettbewerb gestärkt werde (OLG Wien 15.9.2008, bestätigt – gegen den Rekurs der BWB - vom OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 15/08).

Ein GU ohne Vollfunktionseigenschaft ist idR ein Absichtskartell (abgestimmte Verhaltensweisen der Muttergesellschaften eines GU werden als Kartell abgestraft²³).

Beispiel: *Fröschl AG & Co KG* und *Asphalt & Beton GmbH Nfg OHG* wollten 2003 ein Gemeinschaftsunternehmen "*Asphaltemischanlage Kitzbühel GmbH*" gründen. Da dieses GU lediglich marginale Lieferungen an Dritte erbringen sollte (und im Wesentlichen nur die Gründer beliefern sollte), war keine Vollfunktion geplant. Vielmehr handelte es sich um ein Kartell.

C. Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art 1 FKVO)

1. Umsatzgrenzen des Art 1 Abs 2 FKVO
2. Umsatzgrenzen des Art 1 Abs 3 FKVO

Im Rahmen der Fusionskontrolle wird der jährliche Gesamtumsatz der Parteien als Kriterium für die Aufteilung der Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der EK verwendet. Zusammenschlüsse, bei denen der Gesamtumsatz der Parteien über den Schwellen gemäß Artikel 1 FKVO liegt, gelten als „von gemeinschaftsweiter Bedeutung“ und werden von der EK geprüft.

Sondergrenzen bei Kredit- und sonstigen Finanzinstituten und bei Versicherungsunternehmen (Art 5 Abs 3 FKVO).

Relevanter Umsatz der "beteiligten Unternehmen" (tw abw vom öR!): Alle Unternehmen auf Seite des Erwerbers und das Zielunternehmen (Kontrollzusammenhang); das veräußernde Unternehmen nur, wenn es kontrollierend beteiligt bleibt (Gemeinschaftsunternehmen). Konzerninterne Umsätze sind nicht einzurechnen.

Bei der Anmeldung als Gemeinschaftsunternehmen oder als Zusammenschluss ist die **Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der BWB** (bzw Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht) zu beachten. Die Umsatzgrenzen sind in der Folge schematisch²⁴ dargestellt; maßgeblich ist der Umsatz im letzten (abgeschlossenen) Geschäftsjahr:

²³ Siehe den Fall EK, 8.7.2009, COMP/39.401 – *E.ON/GDF Suez* betreffend *MEGAL-Pipeline*.

²⁴ Nach *Hirsbrunner*, Die revidierte EG-Fusions-Verordnung, EuZW 1998, 69 [75].

schen noch irgendwelche nationale Fusionskontrollschwellen erreichen, können somit von der EK einer Prüfung unterzogen (und eventuell untersagt) werden!

Soweit die FKVO anwendbar ist (formell bei Umsatzgrenzenüberschreitung; sachlich bei Fusionen, Kontrollerwerb einschließlich Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen), gilt seit 1.3.1998 die Besonderheit, dass die Kommission nach Art 2 Abs 4 FKVO auch **koordinierende** Elemente eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle (!) genehmigen kann, so dass diese nicht in jedem Fall unter das langwierige kartellrechtliche Verfahren fallen. Nach dem österreichischen Kartellrecht hingegen gibt es diese erleichterte Genehmigung von kooperativen oder nicht vollfunktionalen Gemeinschaftsunternehmen nicht.

3. Umsatzberechnung (insbesondere Begriff „beteiligte Unternehmen“)

D. Untersagungsgründe

Vorbemerkungen:

Bis 30.4.2004 auch im EU-Recht (FKVO) Marktbeherrschungstest: "Strukturansatz" (creation or strengthening of dominant position – CSDP-Test, **Dominance Test**)

Der **Marktbeherrschungstest** bei Zusammenschlüssen wurde von der EK oftmals als essentielle strukturelle Prüfung behandelt. Fiel die durch den Zusammenschluss entstehende Marktstruktur zum Missfallen der Kommission aus, entweder weil ein einzelnes Unternehmen einen Marktanteil über 40 % oder weil zwei oder drei Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von 70 % oder darüber hatten, wurde der Zusammenschluss auf Grundlage dieser Strukturen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht genehmigt. Diese Methode der Zusammenschlusskontrolle hat seinen Ursprung im Structure-Conduct-Performance Paradigma (SCP) der 60er-Jahre. Nach dem SCP Modell determiniert die Marktstruktur (Unternehmensanzahl, Marktstruktur, usw) das Verhalten der Unternehmen ("Conduct", zB Preisfestsetzung) und dieses wiederum ihre Leistung ("Performance", zB Ertragskraft). Je konzentrierter die Marktstruktur ist, desto weniger Wettbewerb entsteht, was sowohl zu höheren Preisen als auch zu höherem Profit als unter stärkeren Wettbewerbsbedingungen führt.

USA, Canada, Australien, Neuseeland, UK, Ungarn: Substantial lessening of competition test (**SLC-Test**)

Der "**substantial lessening of competition-Test**" (**SLC**, wesentliche Einschränkung/Reduzierung des Wettbewerbs) wird in den USA und in anderen Ländern verwendet.

Der Unterschied wurde grob als Strukturtest (Dominance) einerseits und Wettbewerbswirkungstest (SLC) andererseits charakterisiert.

Aktuelle Rechtslage:

Seit 1.5.2004 gilt gem Art 2 Abs 2 FKVO der **SIEC-Test** ("Mischtest"): "Auswirkungsansatz"

Der "**significant impediment to effective competition-Test**" (**SIEC**, Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch einen Zusammenschluss), scheint in der Mitte der ursprünglichen zwei Alternativen angesiedelt zu sein. Einerseits hat er den Charakter eines Auswirkungstestes, andererseits ist er in der FKVO ein Korollar zum Marktbeherrschungstest, was wiederum auf strukturelle Elemente schließen lässt.

Überwiegende Ansicht: selbe Resultate bei Dominance- oder SIEC-Test, aber SIEC erfasst - über Dominance hinaus - auch nicht-koordinierte unilaterale Effekte im Oligopol.²⁶

HHI-Höhen (vgl Rn 19 ff der Leitlinien); ab einem HHI von 1000 wird von einer moderaten, ab 1800 von einer hohen Konzentration gesprochen.

Untersagungen sind bis 2016 eher selten gewesen.

In the year 2017, the first opposed merger was the proposed €29 billion Euro merger between *Deutsche Börse* and *London Stock Exchange* under the EU Merger Regulation. This merger was blocked on the basis that it would have led to a de facto monopoly in certain financial markets in the EEA. The merged entity would have owned the stock exchanges of Germany, Italy and the United Kingdom. DG COMP suggested the divestiture of key aspects of the merged entity's business to alleviate its competition concerns. However, the parties ultimately refused, having instead offered what DG COMP considered to be unsatisfactory remedy proposals.

The second merger DG COMP prohibited in 2017 was the joint acquisition of *Cemex* (Croatia's largest cement producer) by *Schwenk* and *Heidelberg Cement* (a large importer of cement) on the basis that the transaction would have eliminated competition between companies otherwise competing in Croatian cement markets and created significant barriers to entry market entry by competitors. The remedy proposed by the parties was also deemed insufficient in this case; as DG COMP considered that granting access to a cement terminal to a 3rd party was too remote from establishing a competing cement business in Croatia.

2016 the EC prohibited *UK Hutchinson/02* merger, 2011 the *Olympic and Aegean* airlines merger, and the multiple²⁷ proposed *Ryanair / Aer Lingus* mergers.

E. EU-Fusionskontrollverfahren

1. Voranmeldegespräche

²⁶ Innerhalb oligopolistischer Marktstrukturen kann ein Zusammenschluss durch die Verringerung der Marktteilnehmerzahl eine Marktstruktur schaffen, die für die übrig gebliebenen Oligopolisten Anreize zu einer parallelen Anhebung des Preisniveaus bzw. einer Verringerung der Produktionsmenge schafft, ohne dass eine von Art 101 AEUV erfasste explizite Abstimmung stattfinden muss. Der Zusammenschluss kann bewirken, dass der Markt transparenter wird. Die Oligopolteilnehmer erkennen, dass sie durch paralleles Vorgehen ihre Gewinne dauerhaft steigern können, weil das Abweichen eines Konkurrenten zur Folge hätte, dass die anderen Teilnehmer nachziehen müssen. Das Wissen um diese Reaktionsverbundenheit führt somit dazu, dass auch ohne Absprache kein wirksamer Preiswettbewerb stattfindet, weil nur so auf Dauer das überhöhte Preisniveau gehalten werden kann. Der Übergang von einer Marktsituation ohne Koordination vor der Fusion zu einem Gleichgewicht mit Koordination nach der Fusion und die damit verbundenen Preis- bzw. Mengeneffekte werden als koordinierte Effekte bezeichnet. Vgl *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“ Rn 6. Weiterführend *Lindsay*, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2003, RdNr. 4-01; *Kantzenbach/Kottmann/Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, 1996.

²⁷ Erstmals schon 2007: EK 27. 6. 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/AerLingus*; bestätigt von EuG 6. 7. 2010, T-342/07, *Ryanair Holdings/EK*.

2. Anmeldung

Formblatt CO: Formblatt, das Unternehmen verwenden müssen, wenn ein geplanter Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist und daher bei der Kommission angemeldet werden muss. Darin wird genau erklärt, wie Anmeldungen für Zusammenschlüsse einzureichen sind und welche Informationen und ergänzenden Unterlagen an die Kommission übermittelt werden müssen.

Die Anmeldung muss vollständig und darf nicht irreführend sein.

Beispiel:²⁸ *Facebook* hatte 2014 bei der Anmeldung der Übernahme des Messenger-Dienstes *WhatsApp* gesagt, dass es nicht zuverlässig möglich sein werde, einen automatischen Datenabgleich zwischen den Benutzerkonten beider Dienste einzurichten. Im August 2016 hatte *Facebook* jedoch angekündigt, künftig die Telefonnummern von *WhatsApp*-Nutzern mit *Facebook*-Profilen zu verknüpfen. Die EK verhängte 2017 gegen *Facebook* eine Geldbuße von EUR 110 Mio, weil *Facebook* unrichtige bzw irreführende Angaben im Zusammenschlussverfahren gemacht hatte.

3. Phase 1 (25 Arbeitstage)

4. Phase 2 (90 Arbeitstage)

Verpflichtungszusagen oder Abhilfemaßnahmen

Vorschlag der Parteien eines Zusammenschlusses zur Änderung des ursprünglich angemeldeten Vorhabens innerhalb einer bestimmten Frist (zum Beispiel durch Verkauf eines Geschäftsbereichs oder von Vermögenswerten). Diese Verpflichtungszusagen müssen auf die Wettbewerbsbedenken der Kommission eingehen und den Wettbewerb auf den relevanten sachlichen und geografischen Märkten wiederherstellen. Sie können die Grundlage für die Genehmigung des angemeldeten Zusammenschlusses durch die Kommission bilden. Die Kommission kann Bedingungen und/oder Auflagen in ihre Genehmigungsentscheidung aufnehmen, um die Erfüllung der angebotenen Verpflichtungszusagen zu gewährleisten. Ein ähnlicher Ansatz wird von der Kommission in Verfahren zur Genehmigung (Negativattest) oder Freistellung angemeldeter Vereinbarungen (Einzelfreistellung) und in Verfahren betreffend den Missbrauch einer beherrschenden Stellung angewandt.

Veräußerung: Beschluss eines Unternehmens, aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung einen Teil seiner derzeitigen Geschäftsbereiche, Abteilungen oder Tochtergesellschaften zu verkaufen, um sich auf bestimmte Erzeugnisse oder Märkte zu konzentrieren. Nach dem Wettbewerbsrecht der EG kann eine Veräußerung von Firmen der Kommission auch als Verpflichtungszusage angeboten werden, um Wettbewerbsbedenken im Zusammenhang mit angemeldeten Vereinbarungen oder Zusammenschlüssen auszuräumen.

5. Genehmigung (non-opposition) oder Vollzugsverbot und Sanktionen

Zwangsgeld: Die Kommission kann durch Entscheidung Zwangsgelder festsetzen, um ein Unternehmen anzuhalten, eine Verletzung von Wettbewerbsregeln zu unterlassen, deren Abstellung sie in einer früheren Entscheidung angeordnet hat. In einem derartigen Fall wird ein Betrag festgelegt, der für jeden Tag des Verzugs von dem in der Entscheidung bestimmten Zeitpunkt an zu zahlen ist.

Muster einer Verlautbarung im Amtsblatt der vorherigen Anmeldung:

Carlsberg-Notice (Carlsberg-Veröffentlichung) ist – im Zusammenschlussverfahren – eine im Amtsblatt veröffentlichte Bekanntmachung, mit der die EK Dritte über eine Anmeldung in Kenntnis setzt und sie einlädt, Informationen und/oder Bemerkungen zum angemeldeten Fall zu übermitteln. Sie enthält eine kurze Zusammenfassung des Falls und wird mit Zustimmung der direkt betroffenen Parteien im Amtsblatt veröffentlicht. Diese Möglichkeit der Einholung fallbezogener Informationen wurde von der EK erstmals 1992 in der Sache "*Carlsberg*" genutzt. Im Gegensatz zu einer Veröffentlichung nach Artikel 19 Absatz 3 VO 17/62 ist eine *Carlsberg*-Mitteilung neutral und gibt keinen Hinweis auf die vorläufige Position der EK. In Fusionsfällen ist die EK verpflichtet, die Tatsache der Anmeldung unter Angabe der Namen der Beteiligten, der Art des Zusammenschlusses und der betroffenen Wirt-

²⁸ Pressemitteilung EK 18. 5. 2017, IP/17/1369, *Facebook*.

schaftszweige zu veröffentlichen.

Muster: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:218:0004:0004:DE:PDF>

1) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:044:0005:0005:DE:PDF>
(UTC/Kidde)

eventuell kommt der Fall als vereinfachtes Verfahren in Betracht, zB

2) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:044:0009:0009:DE:PDF> (BC Partners)

Die Entscheidung darüber:

3) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2917_en.pdf (Wendel-KKR/Legrand)

Eine positive Kommissionsentscheidung wird ebenfalls im Amtsblatt publiziert, zB

4) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:044:0008:0008:DE:PDF>
(Airbus/Sita)

Entscheidungen der Kommission nach Branchen geordnet:

5) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/index/by_nace.html (Branchen)

F. Fälle (EU)

*Kali+Salz*²⁹ (noch insbesondere Marktbeherrschungstest, ex-ante-Strukturkontrolle)³⁰
insb: Trennung der räumlichen Märkte auf Grund von Preisunterschieden von 15 bis 20 %; FKVO auch bei kollektiver Marktbeherrschung anwendbar; rückläufiger Markt fördert Wettbewerb; Anerkennung der „Failing Company Defence“-Doktrin (dh „Sanierungsfusion“ wettbewerbsrechtlich unbedenklich)

Entscheidungen der Kommission anhand des SIEC-Tests:

*Ryanair/Aer Lingus*³¹ – Untersagung

*Universal/BMG*³² - Genehmigung mit Auflagen

*T-Mobile Austria/Tele.ring*³³ - Genehmigung mit Auflagen

Vor Genehmigung des Zusammenschlusses *Sun/Oracle* forderte die Kommission Verpflichtungszusagen zur Vermeidung eines "adverse impact on effective competition" ein.³⁴

Entscheidungen der EK mit Österreichbezug auf verschiedenen Produktmärkten:

*Telekom Austria/Libro*³⁵ (gemeinsame Kontrolle über *Lion.cc*, Vertrieb von Mobiltelefonen)

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1747_de.pdf

*HypoVereinsbank/Bank Austria*³⁶ (Bankdienstleistungs-Markt)

²⁹ EuGH Verb. Rs C-68/94 und C-30/95.

³⁰ <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&Submit=Suchen&docrequire=alldocs&numaff=C-68%2F94&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

³¹ EK 27.6.2007, COMP/M.4439.

³² EK 22.5.2007, COMP/M.4404.

³³ EK 26.4.2006, COMP/M.3916.

³⁴ Im Dezember 2009 bestätigte die EK die Aufnahme konstruktiver Gespräche mit *Oracle* betreffend die Beibehaltung von *MySQL* als eine wichtige wettbewerbsfördernde Kraft am Datenbankmarkt nach der Übernahme von *Sun Microsystems* durch *Oracle*. Die Ankündigung einer Vielzahl von Zusagen durch *Oracle* an Kunden, Entwickler und Nutzer wurde als wichtiges neues Element in der diesbezüglichen Entwicklung angesehen. Insbesondere gab es verbindliche vertragliche Zusagen, bezüglich der Storage Engine Architecture gegenüber Dritten die Rechte als Copyright-Inhaber nicht durchzusetzen, sowie die Übernahme der Geschäftsbedingungen bestehender kommerzieller Lizenzen auf bis zu 5 Jahre auszudehnen. (Siehe auch die Pressemitteilung der EK vom 21.01.2010:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/40&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>)

³⁵ EK 28.2.2000, COMP/M.1747.

³⁶ EK 14.11.2000 COMP/M.2125

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2125_de.pdf

T-Mobile Austria/Tele.ring - siehe oben

H3G kauft *Orange* und veräußert *Yess* weiter an *A1* (2012): Genehmigt vom OLG Wien als KG³⁷ ohne Auflagen aufgrund eines gerichtlich eingeholten GA, wonach ein nach der EK-Freigabe neben den Betreibern eines Mobilfunknetzes (Mobile Network Operator, MNO) potentiell in den Markt eintretender "Mobile Virtual Network Operator" (MVNO) koordinierende Effekte unwahrscheinlich mache. Die EK genehmigte am 12. 12. 2012 den Zusammenschluss "vorbehaltlich der Einhaltung aller Verpflichtungszusagen" von H3G.³⁸ Nachträglich bezeichnete der EU-Wettbewerbskommissar die Freigabe als "Fehler"³⁹ und die BWB führte 2015 aufgrund von Preissteigerungen eine Branchenuntersuchung durch und veröffentlichte eine (selbst)kritische Studie.⁴⁰ Konsequenzen daraus? 2016 untersagte die EK die geplante Übernahme von *O2 (Telefónica UK)* durch *Three (Hutchison)*, weil durch diesen Zusammenschluss ein neuer Marktführer auf dem britischen Mobilfunkmarkt entstanden wäre.⁴¹

IV. NEBENABREDEN (ANCILLARY RESTRAINTS)

Nebenabreden: Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind
(Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations)

Ungeschriebene Ausnahme von gesetzlichen Kartellverbot⁴² (insbesondere Wettbewerbsverbote, Lizenzvereinbarungen und Bezugs- und Lieferpflichten); siehe zum Begriff in 5. Doppelstunde.

Nebenabreden: Einschränkungen für die Parteien einer Vereinbarung (einschließlich einer Vereinbarung zur Durchführung eines Unternehmenszusammenschlusses), die nicht den vorrangigen Zweck der Vereinbarung darstellen, aber mit dem Erreichen ihrer Ziele unmittelbar verbunden und dafür notwendig sind. Ein Beispiel aus dem Bereich der Kooperationsvereinbarungen wäre eine Verpflichtung in einer F&E-Vereinbarung, nach der die Parteien auf den Gebieten, auf die sich die Vereinbarung bezieht, weder alleine noch zusammen mit Dritten Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durchführen dürfen. Eine Nebenabrede zu einem Unternehmenszusammenschluss wäre beispielsweise ein Wettbewerbsverbot, das der Erwerber dem Veräußerer für einen Übergangszeitraum auferlegt.

Wettbewerbsverbotsklausel

Vertragsbestimmung, mit der die Parteien eines Kaufvertrags oder zumindest eine davon direkt oder indirekt dazu verpflichtet werden, keine Waren oder Dienstleistungen eigenständig zu erzeugen, zu kaufen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen in Wettbewerb stehen. Eine derartige Verpflichtung für den Verkäufer von Anlagen garantiert, dass der Käufer den vollen Wert der übertragenen Anlagen erhält, und wird daher normalerweise als Nebenabrede zur Hauptvereinbarung betrachtet.

Achtung: Nicht verwechseln mit Nebeneffekten (siehe 2. Doppelstunde)

³⁷ OLG Wien als KG 26. 11. 2012, 26 Kt 47, 48/12, *H3G/Orange/Yesss!/A1* (*A1* hatte über 30% Marktanteil und übernimmt *Yesss!*).

³⁸ EK 12. 12. 2012, IP/12/1361, M.6497.

³⁹ *Almunia* 2. 7. 2014, vgl <http://orf.at/stories/2236365/>

⁴⁰ BWB, Der österreichische Privatkundenmarkt für Mobiltelefonie. Eine Ex-post Evaluierung der Zusammenschlüsse *H3G/Orange* und *TA/Yesss!*, Branchenuntersuchung BWB/AW-393, Endbericht (2016).

⁴¹ EK 11. 5. 2016.

⁴² Die *ancillary restraints doctrine* wird tw als Anwendungsfall der *rule of reason* (vgl 2. Doppelstunde) angesehen (vgl *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung [2002], 58) und entspricht der Immanenztheorie (vgl 5. Doppelstunde). Die Lehre von den *ancillary restraints* (das Wort *ancillary* kommt von lat *ancilla* = Magd, Hausgehilfin) geht zurück auf Richter *William Howard Taft* Supreme Court (USA, 1899, Fall *Addyston Pipe & Steel*). Im Kontrast zu diesen erlaubten *ancillary restraints* gibt es den Begriff *naked restraints of trade* (zB Preis- oder Kundenaufteilung); der Begriff *naked* findet sich erstmals bei Justice *Douglas* in U.S. Supreme Court Fall 1963 *White Motor Co.*

OGH-E "Transportbeton"⁴³

OGH als KOG 14.12.1993 Okt 6/93 "Transportbeton": Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen können dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen sein, wenn sie lediglich die einwandfreie Abwicklung eines sonst kartellrechtsneutralen Rechtsverhältnisses zu sichern bestimmt sind. Das gilt - neben gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverboten - vor allem auch für solche dem Verkäufer auferlegte Konkurrenzverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen, wenn das Unternehmenspotential zum wesentlichen Teil in Kundenbeziehungen oder Know-how ("goodwill") besteht; der Käufer kann sich dieses Potential vielfach nur dann zunutze machen, wenn sich der auf dem Markt eingeführte Verkäufer eine Zeitlang jeder werbenden Tätigkeit in diesem Wirtschaftszweig enthält. Soweit das Wettbewerbsverbot über das Wesen einer die Äquivalenz der beiderseitigen kartellrechtlich unbedenklichen Hauptleistungspflichten der Vertragspartner sichernden Nebenabrede nicht hinausgeht, entspricht es keinem in § 10 KartG 1988 umschriebenen Tatbestand und ist nicht als Kartell zu beurteilen. Geht dagegen ein vertragliches Konkurrenzverbot über diesen Zweck hinaus und ist es damit schon für sich als selbständiger Vertragsgegenstand anzusehen, der durch das Leistungsäquivalent des anderen Vertragspartners gesondert abgegolten wird, kann von einer kartellrechtlich neutralen Nebenpflicht des Verkäufers keine Rede mehr sein.

vgl Art 6/1/b und 8/2 der FKVO

bisher laut OGH 5 J; aber laut Komm nur 2 bis 3 Jahre (bei GU: 3 bis 5 Jahre)

Gleiche Kriterien (zulässige Wettbewerbsbeschränkungen als ungeschriebene Ausnahme vom Marktaufteilungsverbot) können uU auch bei Entflechtungen (zB durch Spaltung) anzuwenden sein.⁴⁴

V. EINREDEN

Sanierungsfusion ("Rescue Merger", failing firm defence)

Das Konzept der Sanierungsfusion erlaubt es der Kommission, einen Zusammenschluss zu genehmigen, selbst wenn danach eine beherrschende Stellung entsteht oder gestärkt wird, sofern zwischen dem Zusammenschluss und der beherrschenden Stellung kein kausaler Zusammenhang besteht, d. h., die Fusion führt nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur auf dem Markt. Die Kommission hat die folgenden Kriterien für die Anwendung des Konzepts der Sanierungsfusion ausgearbeitet: 1. das erworbene Unternehmen muss „sanierungsbedürftig“ sein (d. h., es würde ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen auf jeden Fall aus dem Markt ausscheiden); 2. es bietet sich kein Erwerb durch einen alternativen Käufer an, der positivere Folgen für den Wettbewerb haben könnte; 3. der Marktanteil des erworbenen Unternehmens würde auf jeden Fall dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen oder die Vermögenswerte würden ohne Übernahme durch ein anderes Unternehmen unweigerlich für den Markt verloren gehen. Bisher wurde das Konzept der Sanierungsfusion selten angewandt.

Efficiency Defence (Effizienzeinrede, vgl oben § 12 Abs 2 KartG):

Die meisten Zusammenschlüsse werden, neben anderen Komponenten, zur Kostenersparnis ausgeführt. Effizienzgewinne sind unter Umständen sogar der häufigste Grund für Zusammenschlüsse. In jenem Ausmaß, in dem die aus einem Zusammenschluss resultierende Kostenersparnis (Vergleich vor und nach dem Zusam-

⁴³ Der Unternehmenskäufer beehrte vom Verkäufer und dessen Gesellschaftern ein 30-jähriges Konkurrenzverbot. Im Unternehmenskaufvertrag vom 18.12.1991 wurde vereinbart, dass dieser rück abzuwickeln ist, wenn er aus welchen Gründen auch immer ganz oder teilweise unzulässig ist. Nach Vertragsabschluss stellte die Käuferin beim Kartellgericht am 3.1.1992 Anträge, worauf die Gerichte diese Konkurrenzklausele als unzulässiges Kartell qualifizierten. Vier Jahre nach dem Kaufvertragsabschluss beehrte die Käuferin beim Zivilgericht Rückabwicklung des Kaufvertrages und Rückzahlung des Kaufpreises wegen kartellrechtlicher Nichtigkeit des Gesamtvertrages (verschuldensunabhängige Kondition), weil sie einen Vertrag mit zeitlich reduziertem Konkurrenzverbot nicht beabsichtigt hätte. Der Klage wurde in allen Instanzen (zuletzt 2001) Folge gegeben. Der Kundenstock war inzwischen bereits auf den Unternehmenskäufer übergegangen.

⁴⁴ Holzweber/Winner, Wettbewerbsverbote bei Entflechtungen im Kartellrecht, wbl 2018, 297.

menschluss) zu niedrigeren Preisen für Konsumenten führt, sollte sie als wettbewerbsfördernd betrachtet werden, selbst wenn der Zusammenschluss eine erhebliche Wettbewerbsverschiebung zwischen den Parteien bewirkt. Es scheint gewissermaßen überraschend, dass diese Haltung überhaupt in die neuen Leitlinien der Kommission aufgenommen werden musste, wirkt sie doch selbstverständlich. Darin offenbart sich jedoch lediglich die mangelnde Akzeptanz der Kommission in Bezug auf Effizienzeinreden in der Vergangenheit. Trotzdem legen die Leitlinien bestimmte Beschränkungen für den Anwendungsrahmen einer Effizienzeinrede fest. Die wichtigste besteht darin, dass sie nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Konsumentenwohlfahrt erhöht wird.

VI. FRAGEN

1. Was versteht man im Wettbewerbsrecht unter Zusammenschluss, was ist Fusion?
2. Was sind Gemeinschaftsunternehmen? Was heißt joint control?
3. Unterschied zwischen konzentrativem und kooperativem Gemeinschaftsunternehmen?
4. Beurteilung dieser beiden Typen nach österreichischem Recht und nach Unionsrecht?
5. Was bedeutet one stop shop?
6. Was ist das Ziel der wettbewerbsrechtlichen Strukturkontrolle im Unterschied zur wettbewerbsrechtlichen Verhaltenskontrolle?
7. Was unterliegt in Österreich der Zusammenschlusskontrolle?
8. Was unterliegt der EU-Zusammenschlusskontrolle?
9. Was ist die "Zwei-Drittel-Regel"?
10. Welche Umsätze welcher Unternehmen ("beteiligte Unternehmen") sind für die Zusammenschlusskontrolle maßgeblich?
11. Wer ist in Österreich, in der EU zuständig?
12. Ab welchem Stadium kann man einen Zusammenschluss anmelden (beim OLG Wien als Kartellgericht, bei der Kommission)?
13. Was sind Untersagungsgründe für Zusammenschlüsse?
14. Was ist die failing company defence?
15. Was sind ancillary restraints?
16. Was sind spill over effects?
17. Was sind die wichtigsten Unterschiede der österreichischen und der europäischen Zusammenschlusskontrolle?
18. Wie läuft in groben Zügen das Zusammenschlussverfahren nach österreichischem und europäischem Recht?
19. Was sind die Sonderregeln für Medienzusammenschlüsse?
20. Was versteht man unter Auflagen und unter commitments?

21. Welche Entflechtungsbestimmungen gibt es im KartG?
22. Was versteht man unter dem Konzernprivileg?