
Erster Abschnitt: Einführung

I. Aufgabe des Kartellrechts

Die Aufgabe des Kartellrechts ist es, den Wettbewerb vor Wettbewerbsbeschränkungen zu schützen. Gemeinsam mit dem Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) bildet es das „Wettbewerbsrecht iwS“.

Das Wettbewerbsrecht schützt den freien Wettbewerb, da dieser aus ökonomischer Sicht die Gesamtwohlfahrt maximiert und somit gesamtwirtschaftlich den bestmöglichen Zustand darstellt. Weder der österr Gesetzgeber noch die Unionsverträge definieren den Begriff des freien Wettbewerbs; dieser setzt aber bereits begrifflich ein Konkurrenzverhältnis mehrerer Anbieter voraus, die um die Gunst der Kunden wetteifern. Das Kartellrecht soll daher die für diesen Wettbewerb **erforderliche Marktstruktur** bestmöglich bewahren. Dies erfolgt dadurch, dass Störungen des Marktmechanismus durch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmungen, Marktmachtmissbrauch oder auch Verschlechterungen der Marktbedingungen über Unternehmensakquisitionen verhindert werden. Der Schutzzweck des Kartellrechts ist es somit, den unverfälschten, freien und funktionsfähigen Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Man spricht daher häufig davon, dass durch das Kartellrecht der Wettbewerb als Institution geschützt wird.

Das europäische Kartellrecht hat neben diesem Schutz des Wettbewerbs die weitere Aufgabe, die **Integration der Europäischen Union** voranzutreiben. Der europäische Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der hoheitlichen Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den MS entstanden ist, muss durch einheitliche europäische Wettbewerbsregeln geschützt werden (Art 3 Abs 1 lit b AEUV). Der europäische Schutz des freien Wettbewerbs soll somit auch eine private Marktaufteilung verhindern, die sonst an die Stelle der überwundenen hoheitlichen Handelshemmnisse treten könnte.

Der Schutz des Wettbewerbs durch das Kartellrecht geschieht mittels Vorschriften gegen die **Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen** (Art 101 AEUV sowie § 1 KartG), ergänzt durch das Verbot des **Marktmachtmissbrauchs** durch marktbeherrschende Unternehmen (Art 102 AEUV sowie §§ 4 ff KartG) und durch die Kontrolle von **Zusammenschlüssen** (FKVO sowie §§ 7 ff KartG), mit der von vornherein verhindert werden soll, dass Unternehmen marktbeherrschend werden oder dass ihre Marktmacht verstärkt wird.

Das Kartellrecht kann aus österr Sicht dem öffentlichen Recht zugerechnet werden; aus seiner Verletzung erwachsen aber auch zivilrechtliche Ansprüche. Die Gesetzgebung und Vollziehung von Kartellrecht obliegt gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG dem Bund. Damit ist das KartG auch in Angelegenheiten anzuwenden, die in Gesetzgebung und/oder Vollziehung Ländersache sind.

II. Rechtsquellen

A. Unionsrecht

Das europäische Kartellrecht ist sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht verankert. Zentral auf Ebene des **Primärrechts** sind Art 101 AEUV, welcher das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen enthält, und Art 102 AEUV, der die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt. Art 101 und 102 AEUV sind nach Rsp des EuGH als *ordre public* zu qualifizieren; nationale Gerichte, aber auch Schiedsgerichte müssen sie daher von Amts wegen anwenden.

Art 103 und 352 AEUV ermächtigen den Rat, Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen; der Rat hat diese Ermächtigung in den sog GrundVO 19/65 und 2821/71 weitgehend an die EK delegiert. Basierend auf dieser primärrechtlichen Grundlage wurden **zahlreiche Verordnungen** zur Regelung von Verfahrens- und Detailfragen erlassen. Hervorzuheben ist hierbei die VO (EG) 1/2003, die grundlegende Regelungen für den Ablauf des kartellrechtlichen Verfahrens enthält. Daneben bestehen Gruppenfreistellungsverordnungen, die ex lege bestimmte Geschäftspraktiken vom Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen ausnehmen. Die Fusionskontrollverordnung (FKVO) regelt Zusammenschlüsse von europäischer Bedeutung. Diese Verordnungen wirken unmittelbar in den MS der EU; es bedarf daher keiner eigenständigen Umsetzung. In das nationale Recht umgesetzt werden musste hingegen die sog Private-Enforcement-RL, welche die private Rechtsdurchsetzung von Kartellrecht unionsweit harmonisiert.

Daneben bestehen Leitlinien, Mitteilungen und Bekanntmachungen, in denen die EK ihre Auffassung zur Auslegung der betreffenden Vorschriften bekannt gibt. Die EK bietet damit eine Anleitung, wie sie die Normen im Einzelfall anzuwenden gedenkt, was zu einer gewissen Selbstbindung, aber auch zu mehr Rechtssicherheit für Unternehmen führt. Leitlinien, Mitteilungen und Bekanntmachungen sind keine Rechtsquellen im eigentlichen Sinn, da sie nach Art 19 EUV weder die europäische noch die nationale Gerichtsbarkeit binden (sog *soft law*); in der Praxis kommt ihnen jedoch erhebliche Bedeutung zu.

Obwohl es sich um keine generelle Rechtsquelle handelt, ist die Rsp des **EuGH** sowie **des EuG** für die Anwendung des europäischen Kartellrechts zentral. Sie hat für die Auslegung, Anwendung und Fortentwicklung des Kartellrechts grundlegende Bedeutung.

B. Österreichisches Recht

Ursprünglich nahm das österr Recht eine liberale Haltung zu wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen ein. So hält die Regierungsvorlage zum ersten KartG 1951 fest, dass Kartelle nicht zwingend volkswirtschaftlich schädlich seien, sondern aufgrund ihrer marktstabilisierenden Wirkung nützlich sein können. Aus diesem Grund wurden Kartelle nicht grds untersagt, sondern nur einem Registerzwang unterworfen. Eine Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen erfolgte erst durch die Kartellgesetz-Novelle 1993.

Durch die Kartellgesetz-Novelle 2002 fand das **Verbotsprinzip** Eingang in das österr KartG: Demnach ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht erst durch einen rechtskräftigen Beschluss, sondern bereits von Gesetzes wegen verboten. Dasselbe trifft seit dem KartG 2005 auf **wettbewerbschädigende Abreden** zu. Die Unternehmer müssen also selbst beurteilen, ob ihr Handeln erlaubt ist; sie tragen daher das Subsumtionsrisiko; eine Genehmigung von Kartellen gibt es nicht. Das KartG 2005 ist mehrfach novelliert heute in Kraft.

Das **KartG 2005** hat sieben Hauptstücke, die meist mehrere Abschnitte umfassen. Hauptstück I. regelt die Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1–25) und damit das materielle Kartellrecht, II. die Rechtsdurchsetzung (§§ 26–37), III. das Verfahren vor dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht (§§ 38–49), IV. Gebühren (§§ 50–57), V. Institutionen (Organisationsrecht) (§§ 58–82), VI. die Anwendung des Unionsrechts (§§ 83–85) und VII. die Schlussbestimmungen (§§ 86–95).

Daneben steht das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Wettbewerbsbehörde (**Wettbewerbsgesetz** = WettbG, BGBl I 2002/62). Dieses regelt iW die Stellung der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bei der Bekämpfung verbotener Wettbewerbsbeschränkungen.

III. Verhältnis zum UWG

Das Kartellrecht und das UWG bilden zusammen das Wettbewerbsrecht iW. Das Lauterkeitsrecht dient **ähnlichen Regelungszwecken** wie das Kartellrecht: Geschützt werden soll der freie Leistungswett-

bewerb. Freilich soll das Kartellrecht gewährleisten, dass generell Wettbewerb in einem Konkurrenzverhältnis zwischen Anbietern besteht, während das Lauterkeitsrecht Regeln für den fairen Wettbewerb im Einzelfall vorsieht. Das Kartellrecht ist dem UWG daher vorgelagert. Im Einzelfall können Verstöße gegen das Kartellrecht (insb gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs) aber auch § 1 UWG verletzen, wenn ein marktbeherrschender Unternehmer eine unlautere Handlung setzt, um einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern zu erlangen.

Beispiele:

Eine Verweigerung des Zugangs zu einer Informationsplattform für Abfahrtszeiten von Bahnen („Scotty“) für einen Betreiber einer Privatbahn kann uU nach dem Lauterkeitsrecht und nach dem Kartellrecht eine Behinderung darstellen.

Ein marktbeherrschender Filmverleiher, der Großkinos betreibt, verweigert anderen Kinobetreibern ohne ausreichenden Grund die Belieferung mit Filmen, was kartellrechtlich und lauterkeitsrechtlich aufgegriffen werden kann.

Es ist von der Rsp anerkannt, dass ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften auch einen **Rechtsbruch** iSd § 1 UWG darstellen kann. Ein Mitbewerber kann daher selbstständig vor einem Zivilgericht zB mit einem Unterlassungsanspruch gegen die Kartellverletzung vorgehen.

IV. Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG)

Durch eine Novelle im Jahr 2021 wurde das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen – früher häufig NahversorgungsgG genannt – in Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG) umbenannt. IdS bleiben die wesentlichen Inhalte aber dieselben. Die Bestimmungen über kaufmännisches Wohlverhalten des FWBG sind materiell eine Ergänzung der Vorschriften des Kartellgesetzes, weil dieses alleine nach Ansicht des österr Gesetzgebers die **Nachfragemacht** nur unzureichend erfasst. Dies hat den Hintergrund, dass Lieferanten nachfragestarken Wiederverkäufern häufig sachlich nicht gerechtfertigte Sonderkonditionen einräumen müssen, da sie von diesen wirtschaftlich unter Druck gesetzt werden. Damit hat auch das FWBG allgemein den Schutz des Leistungswettbewerbs im Blick. Darüber hinaus bestehen in §§ 5a ff FWBG Sonderwertungen zum Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen, neben denen das Kartellgesetz aber anwendbar bleibt.

§ 1 FWBG untersagt Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr, soweit diese geeignet sind, den Leistungswettbewerb zu gefährden. Im Fokus stehen dabei Verhaltensweisen, die als „**Anzapfen**“ bezeichnet werden: Nachfragestarke Händler verlangen dabei von Lieferanten zur Förderung ihres Absatzwettbewerbs Sonderleistungen, ohne ihrerseits dafür Gegenleistungen zu erbringen. Dafür ist es notwendig, dass der Angezapfte zu einer Zuwendung veranlasst wird, die er ohne das Gefühl einer Zwangslage nicht gemacht hätte. § 2 FWBG enthält zudem ein allgemeines Diskriminierungsverbot gegenüber Wiederverkäufern. Das sind alle Unternehmen, die keine Letztverbraucher sind, sondern eingekaufte Waren – wenn auch in be- oder verarbeiteter Form – weiterverkaufen. Ebenso können Wiederverkäufer in Anspruch genommen werden, die von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordern oder annehmen.

Diese Vorschriften entsprechen weitgehend den kartellrechtlichen Regelungen des Marktmachtmissbrauchs, welche allerdings – anders als das FWBG – voraussetzen, dass das missbräuchlich handelnde Unternehmen **marktbeherrschend** ist.

Beispiel:

Eine große Handelskette verfasst ein Rundschreiben an mehrere kleine Lieferanten, mit dem ein Werbekostenbeitrag verlangt wird. Dabei weist sie zwar auf den freiwilligen Charakter der Kostenbeteiligung hin, es wird aber auch erwähnt, dass die mit den Beiträgen der Lieferanten zu finanzierenden Werbemaßnahmen „im beiderseitigen Interesse“ lägen. Die Kette bedankt sich in der Folge schon im Voraus, dass sich die Lieferanten „auch weiterhin, wie bisher“ an der Maßnahme beteiligen würden. Diese Maßnahme erzeugt eine Drucksituation bei den Lieferanten und widerspricht daher dem Grundsatz des kaufmännischen Wohlverhaltens.

V. Besondere Regulierungsvorschriften

Das Kartellrecht ist nicht der einzige Ort, an dem sich Normen für die Sicherung des freien Wettbewerbs finden. So bestehen besondere sektorspezifische Regulierungsvorschriften, die frühere staatliche Monopole wie Telekommunikation, Elektrizität, Eisenbahn und das Postwesen betreffen. In diesen Bereichen reicht es oft nicht aus, die rechtliche Vormachtstellung des bisherigen Monopolisten zu beseitigen, um einen funktionierenden Wettbewerb zu ermöglichen, da der vormalige Monopolist die Etablierung von Wettbewerb verhindern könnte. Aus diesem Grund sehen besondere Regulierungsvorschriften häufig **konkrete Verhaltenspflichten** für marktmächtige Unternehmen in diesen Wirtschaftszweigen vor. So soll bspw der Zugang zu der Infrastruktur des früheren Monopolisten (zB Stromnetze) zu einem angemessenen Entgelt erfolgen, um den Wettbewerb bei der Stromversorgung zu stärken. Durch besondere Regulierungsvorschriften wird dabei ex ante ein angemessener Preis festgesetzt, den die Wettbewerber für die Nutzung von Einrichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens zahlen müssen. Nach der Rsp verdrängen besondere Regulierungsvorschriften jedoch das allgemeine Kartellrecht nicht: Auch wenn bspw der Preis für den Zugang zu einem Telekommunikationsnetz durch eine nationale Behörde genehmigt worden ist, kann er aus Sicht des Wettbewerbsrechts rechtswidrig sein.

VI. Grundbegriffe

Einleitend sei angemerkt, dass für die Subsumtion im europäischen und österr Kartellrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet wird: Maßgeblich ist nicht die äußere Erscheinungsform, sondern der **wahre wirtschaftliche Gehalt** eines Sachverhalts (s zB § 20 KartG). Damit soll verhindert werden, dass sich Unternehmen durch gezielte Rechtsgestaltung der kartellrechtlichen Regulierung entziehen können.

Beispiele:

Eine in einen Gesellschaftsvertrag gekleidete wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung fällt unter das Kartellrecht (Rechtsformneutralität des Kartellrechts).

Ein Werbekostenzuschuss, der ohne Nachweis der tatsächlichen Aufwendungen gewährt wird, kann als Rabatt angesehen werden.

Ein Zusammenschluss kann anmeldepflichtig sein, obwohl der Erwerber weniger als 25 % erwirbt, wenn der Gesellschaftsvertrag ihm Rechte einräumt, über die normalerweise nur jemand verfügt, der mindestens 25 % der Anteile hält.

A. Unternehmen/Unternehmer

Während das europäische Kartellrecht am Begriff des Unternehmens anknüpft, verwendet das österr Kartellgesetz in Rückgriff auf § 1 UGB den Begriff des Unternehmers. Beide Begriffe weichen aber von ihrer Verwendung im UGB ab und müssen für das Kartellrecht **eigenständig ausgelegt** werden. Obwohl die österr privatrechtlichen Begrifflichkeiten anders sind, entspricht der Begriff des Unternehmens iSd AEUV demjenigen des Unternehmers iSd KartellG; in der Folge verwendet auch dieser Lernbehelf ausschließlich den Begriff des Unternehmens.

Der Begriff des Unternehmens ist von großer Bedeutung für das Kartellrecht: Nur Absprachen zwischen verschiedenen Unternehmen, Handlungen eines marktbeherrschenden Unternehmens und Zusammenschlüsse verschiedener Unternehmen werden durch das Kartellrecht geregelt. Bedeutsam ist, dass auf beiden bzw allen Seiten einer Absprache Unternehmen stehen müssen, da ansonsten das Kartellrecht nicht anwendbar ist. Wird die Unternehmenseigenschaft verneint, so gibt es keine kartellrechtlichen Einschränkungen. So können Kollektivverträge nicht unter das Verbot wettbewerbsschädlicher Absprachen fallen, da Arbeitnehmer kein Unternehmen iS des Kartellrechts sind.

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise weit: Als Unternehmen kann jede **selbstständige Einheit verstanden werden, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht**. Die Rechtsform ist dabei irrelevant; ein Ein-Personen-Unternehmen ist genauso Unternehmen iS des Kartellrechts wie eine juristische Person, ein Freiberufler oder Organisationseinheiten, die keinen vom Staat getrennten rechtlichen Status haben. Ausschlaggebend ist alleine, in welcher Funktion die Organisationseinheit tätig wird (**funktionaler Unternehmensbegriff**). Damit eine Organisationseinheit eine wirtschaftliche Funktion hat, reicht es aus, dass sie am Markt tätig wird; die reine Verwaltung von Unternehmensanteilen ist jedoch nicht als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Der Begriff der wirtschaftlichen Leistung darf nicht zu eng verstanden werden; es wurden bspw auch Fußballklubs als Unternehmen angesehen. Es ist zudem nicht notwendig, dass Waren bzw Leistungen gegen Entgelt angeboten werden oder dass generell Profite durch die Markttätigkeit gemacht werden sollen; die Art und Weise der Finanzierung ist ebenso irrelevant.

Leistungen, die auf der Ausübung von **Hoheitsgewalt** basieren oder durch soziale Sicherungssysteme erbracht werden, gelten nicht als wirtschaftliche Tätigkeit iS des Kartellrechts. Krankenkassen und Sozialversicherungsträger sind daher ebenso wenig Unternehmen iS des Kartellrechts wie beliebige Unternehmen, die staatliche Aufgaben zu erfüllen haben. Einer funktionalen Herangehensweise entsprechend ist aber stets die konkrete Handlung der Organisationseinheit zu betrachten: So kann ein beliebiges Unternehmen neben hoheitlichen Tätigkeiten auch privatwirtschaftliche Tätigkeiten entfalten; von der kartellrechtlichen Betrachtung ausgenommen sind nur die hoheitlichen Tätigkeiten.



EuGH 1. 7. 2008, C-49/07, *MOTOE*

ELPA, ein griechischer Automobil- und Reiseclub, ist eine juristische Person ohne Erwerbszweck, die in Griechenland Motorradrennen veranstaltet. Zudem war ELPA in die Genehmigung von Motorradrennen eingebunden. Nun war fraglich, ob ELPA eine marktbeherrschende Stellung zukommt, die durch die Verweigerung der Genehmigung von Motorradrennen anderer Anbieter missbraucht wird. Dem EuGH wurde dies zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der EuGH sprach dazu in Rz 25 ff aus:

„Was die eventuelle Auswirkung der Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf die Einstufung einer juristischen Person wie ELPA als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft anbelangt, steht (...) die bloße Tatsache, dass diese Einrichtung für einen Teil ihrer Tätigkeit über hoheitliche Gewalt verfügt, ihrer Einstufung als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft für den Rest ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten nicht entgegen (...). Die Unterscheidung zwischen hoheitlicher



und wirtschaftlicher Betätigung ist nämlich für jede von einer Einrichtung ausgeübte Tätigkeit gesondert zu treffen.

Im vorliegenden Fall ist zwischen der Beteiligung einer juristischen Person wie ELPA am Entscheidungsprozess der staatlichen Behörden und den wirtschaftlichen Tätigkeiten dieser Person, wie der Veranstaltung und kommerziellen Nutzung von Motorradrennen, zu unterscheiden. Daraus ergibt sich, dass die Befugnis einer solchen juristischen Person, ihr Einverständnis zu Genehmigungsanträgen zu erklären, die im Hinblick auf die Veranstaltung dieser Rennen gestellt werden, nicht daran hindert, sie in Bezug auf ihre oben aufgeführten wirtschaftlichen Tätigkeiten als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft anzusehen.

Hinsichtlich der Auswirkung des Umstands, dass ELPA keinen Erwerbszweck verfolgt, auf diese Einstufung ist darauf hinzuweisen, dass (...) die Tatsache, dass Güter oder Dienstleistungen ohne die Absicht der Gewinnerzielung angeboten werden, dem nicht entgegensteht, dass die Einheit, die diese Tätigkeiten auf dem Markt ausübt, als Unternehmen anzusehen ist, da ihr Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die einen Erwerbszweck verfolgen.“

ELPA wurde dementsprechend als Unternehmen iS des Kartellrechts qualifiziert.

B. Markt

Der Begriff des Markts ist der zentrale Bezugspunkt des Kartellrechts. Aus ökonomischer Sicht kann ein Markt als ein Gebiet aufgefasst werden, in dem durch freien Informationsfluss ein Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage möglich ist und in dem ein **einheitlicher Preis** gebildet wird. Der Wettbewerb kann nur durch Unternehmen mit einem gewissen Maß an Marktmacht gestört werden; um diese festzustellen, muss zuerst gefragt werden, worin überhaupt der relevante Markt besteht. Neben Art 102 AEUV bzw § 4 f KartG, die den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch markt-mächtige Unternehmen sanktionieren, knüpfen auch Art 101 AEUV bzw § 1 KartG, die das Verbot wettbewerbsschädigender Absprachen zum Gegenstand haben, an die Definition des Marktes an. Denn nur nach einer Marktabgrenzung kann festgestellt werden, ob eine horizontale oder vertikale Absprache auf diesem Markt auch spürbar ist (zur Spürbarkeit s Zweiter Abschn I.D.2. und Dritter Abschn II. A.3.e.bb).



Mangels einer Legaldefinition des Begriffs „Markt“ kommt der Rsp des EuGH besondere Bedeutung zu. Der EuGH judizierte im Jahre 1973 in der E *Continental Can*, dass durch die Abgrenzung der betroffenen Märkte „die Wettbewerbsmöglichkeiten nur nach Maßgabe derjenigen Merkmale der fraglichen Erzeugnisse (beurteilt werden), die zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders geeignet und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar (sind)“. Später präzisierte der Gerichtshof in der E *Hoffmann-La Roche*, dass „der Begriff des relevanten Marktes die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs (voraussetzt), so dass ein hinreichender Grad von Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung erforderlich ist“. Diese Definitionen des Markts werden mittlerweile allgemein anerkannt.



Es ist daher notwendig, den relevanten Markt in sachlicher und örtlicher Hinsicht abzugrenzen. Die **sachliche Marktabgrenzung** erfolgt nach dem sog „Bedarfsmarktkonzept“, das in *Hoffmann-La Roche* zum Ausdruck kommt und auch in § 23 KartG angedeutet ist. Maßgeblich ist hierbei die Substituierbarkeit (Austauschbarkeit) von Waren oder Leistungen aus der Sicht der Marktgegenseite (**Nachfrage-substituierbarkeit**): Waren oder Dienstleistungen bilden denselben Markt, wenn sie denselben Bedarf decken und aus Sicht der Nachfrage untereinander frei austauschbar sind. Produkte, die sich aus der Sicht der Marktgegenseite voneinander spürbar unterscheiden, sodass sie nicht denselben Bedarf erfüllen, gehören aber nicht demselben sachlich relevanten Markt an. Die Prüfung der Austauschbarkeit

zweier Produkte kann dadurch erfolgen, dass deren generelle Eigenschaften wie Qualität, Preis oder Verfügbarkeit verglichen werden und so ermittelt wird, ob derselbe Bedarf gedeckt wird.



EuGH 14. 2. 1978, 27/76, *United Brands*

Nach dem berühmt gewordenen *United-Brands*-Urteil des EuGH gibt es einen eigenständigen Markt für Bananen, da sie nicht mit anderen Obstsorten austauschbar sind. Dies ergibt sich daraus, dass die Banane anders als andere Obstsorten das ganze Jahr hindurch reift und daher immer verfügbar ist. Zudem ist die Banane durch ihr Aussehen, ihren Geschmack, ihre weiche Beschaffenheit, das Fehlen von Kernen, eine einfache Handhabung und ein stabiles Produktionsniveau geeignet, den gleichbleibenden Bedarf einer bedeutenden, sich aus Kindern, Alten und Kranken zusammensetzenden Bevölkerungsgruppe zu befriedigen.



Neben der eben erörterten Nachfragesubstituierbarkeit kann die Austauschbarkeit auch aus dem Blickwinkel der Produzenten beurteilt werden (**Angebots substituierbarkeit**). Die EK hat 1997 in der BekMarkt auf diese Möglichkeit hingedeutet und gemeint, dass die Angebots substituierbarkeit „*genauso wirksam und unmittelbar wie die Nachfragesubstituierbarkeit*“ wirken muss, um im Einzelfall angewendet zu werden. Die zentrale Frage hierbei ist, inwiefern ein Anbieter seine Produktion umstellen kann, um die gefragte Ware herzustellen. Dabei kommt es auf die Kosten, aber auch die Zeit der Umstellung an. Wenn es dem Produzenten eines Produkts gelingt, die Herstellung eines anderen Produktes innerhalb kürzester Zeit und mit wenig Kostenaufwand zu beginnen, liegen die beiden Produkte im selben Markt. Ist der Markteintritt hingegen langwierig und kostspielig, wird man tendenziell von getrennten Märkten ausgehen.

Zunehmend bedient sich die Praxis aber des sog **Monopolistentests** (SSNIP-Test: *small but significant non-transitory increase in price*), um sowohl die Nachfrage- als auch die Angebots substituierbarkeit zu überprüfen. Es wird dabei der Preis in den Mittelpunkt gestellt und meist durch Abnehmerbefragungen ermittelt, ob die Kunden als Reaktion auf eine kleine, nicht kurzfristige Preiserhöhung (meist 5–10 %) auf Ersatzprodukte ausweichen würden. Alle übrigen Preise würden dabei unverändert bleiben. Wenn Abnehmer des Produkts A angesichts eines erhöhten Preises Produkt B kaufen würden, gehören Produkt A und Produkt B zum selben Markt.

Beispiel:

In einem Gedankenexperiment kann man die hinter dem SSNIP-Test stehende Ratio verdeutlichen: Wenn man die Wettbewerbssituation für einen Hersteller von Apfelsaft beurteilen möchte, beobachtet man dabei zuerst verschiedene Produkte – etwa Milch, Apfelsaft und Orangensaft –, die jeweils ein (hypothetischer) Monopolist anbietet. Bei einer kleinen, nicht kurzfristigen Preiserhöhung bei Apfelsaft werden Kunden (wahrscheinlich) nicht auf Milch ausweichen, sehr wohl aber (wahrscheinlich) auf Orangensaft. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass Milch nicht im selben Markt wie Apfel- und Orangensaft zu sehen ist. Dieser Vorgang wird so lange wiederholt, bis der kartellrechtlich relevante Markt, in dem sich der Hersteller von Apfelsaft befindet, abgegrenzt wurde.

Trotz der vermeintlich simplen Abgrenzung nach der funktionellen Austauschbarkeit gestaltet sich die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht im Detail als **eine der schwierigsten Fragestellungen** des Kartellrechts. Durch höchstgerichtliche Rsp wurde zwar für einen Teil der Produkte Klarheit geschaffen, vieles ist jedoch zT heute noch ungeklärt und von den Kartellbehörden offengelassen.

Der **räumlich relevante Markt** umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die betreffenden Waren oder Dienstleistungen anbieten und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind. Dieses Gebiet muss sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheiden. Hohe Transportkosten sind dabei ein Hinweis für eine enge regionale Marktabgrenzung. Darüber hinaus werden aber auch nationale oder lokale Präferenzen von Abnehmern – wie zB auch Sprachunterschiede – in die Marktabgrenzung miteinbezogen.

Im Gegensatz zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung kommt der Abgrenzung in **zeitlicher Hinsicht** nur in jenen Fällen Bedeutung zu, in denen Märkte aufgrund bestimmter Umstände vorübergehend in ihrer Größe variieren, neu entstehen und wieder erlöschen. Im Mediensektor ist dies bspw beim Handel mit Übertragungsrechten der Fall.

Eine enge Marktdefinition führt zu einer **strengen Handhabung des Kartellrechts**, da leichter eine marktbeherrschende Stellung besteht, welche zu einer Intervention der Kartellbehörden führen kann. In der Praxis ist die richtige Marktabgrenzung daher von größter Bedeutung.

C. Marktanteile

Nach der Marktabgrenzung können die Marktanteile ermittelt werden. Diese spiegeln idR den Markterfolg eines Unternehmens wider und indizieren ein momentanes Wettbewerbsverhalten am Markt. Die **Höhe der Marktanteile** eines Unternehmens ist für die Beurteilung einzelner kartellrechtlicher Tatbestände (Bagatellkartell; marktbeherrschende Unternehmer) und der Prüfungskriterien für Zusammenschlüsse von Bedeutung. Die EK legt in der Bek-Markt die Grundsätze der Berechnung der Marktanteile offen, bei der Anwendung des KartG ergeben sich diese aus § 21 KartG:

1. Es ist auf den abgegrenzten Markt abzustellen, wobei sowohl auf den Anteil des Unternehmens an der abgesetzten Menge als auch auf den Anteil am Umsatz abgestellt werden kann.
2. Verbundene Unternehmen (vgl dazu Dritter Abschn II.A.1.) gelten als *ein* Unternehmen, daher bleiben „Innenumsätze“ außer Betracht.
3. Bei der Berechnung von Anteilen nach KartG auf dem inländischen Markt sind auch die inländischen Marktanteile **ausländischer Unternehmen** zu berücksichtigen.

Der Zeitraum und die Basis, auf der die Marktanteile berechnet werden (Menge, Gewicht, Maß, Wert oder dgl), können je nach Branche unterschiedlich sein.

D. Umsatzerlöse

Umsatzerlöse sind geldwerte Gegenleistungen, die ein Unternehmer im Rahmen seiner gewöhnlichen Geschäftstätigkeit für seine Waren und Dienstleistungen, aber zB auch für die Lizenzierung von gewerblichen Schutzrechten von einem Dritten lukriert. Umsatzerlöse haben va für die Aufgriffsschwellen der Zusammenschlusskontrolle sowie die Berechnung der Geldbußensätze Bedeutung. Sie sind nach Art 5 FKVO und § 22 KartG nach den folgenden Grundsätzen zu berechnen:

1. Verbundene Unternehmen gelten als ein einziges Unternehmen; es geht daher um **Konzernumsätze**. Umsätze aus Lieferungen und Leistungen zwischen diesen Unternehmen (Innenumsätze) sind hingegen nicht in die Berechnung einzubeziehen. Durch die Erfassung aller verbundenen Unternehmen kommt es zu einer sehr weitreichenden Umsatzzusammenrechnung.
2. Bei **Kreditinstituten** tritt an die Stelle der Umsatzerlöse die Summe verschiedener Ertragsposten, zB Zinserträge, Erträge aus Beteiligungen, Provisionserträge etc (näher § 22 Z 2 KartG; Art 5 Abs 3 lit a FKVO).
3. Bei **Versicherungsunternehmen** treten an die Stelle der Umsatzerlöse die Prämieinnahmen.

E. Horizontaler und vertikaler Wettbewerb

Für die Bewertung von kartellrechtlichen Sachverhalten ist es häufig notwendig, das Wettbewerbsverhältnis zwischen mehreren Unternehmen genauer zu betrachten. Ein **horizontales Wettbewerbsverhältnis** liegt zwischen Unternehmen vor, die aktuell auf derselben Marktstufe tätig sind oder in den Markt eintreten können. Die Unternehmen sind daher direkte Wettbewerber.

Beispiel:

Zwei Anbieter von Navigationssystemen für Autos sind direkte Konkurrenten; sie stehen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis.

Ein **vertikales Wettbewerbsverhältnis** liegt vor, wenn Unternehmen auf angrenzenden Marktstufen tätig sind und weder aktuell noch potenziell miteinander im Wettbewerb stehen. Die Unternehmen sind daher nicht am selben Markt tätig und sind daher keine unmittelbaren Mitbewerber.

Beispiel:

Ein Unternehmen, das digitalisierte Karten anbietet, und ein Anbieter von Navigationssystemen für Autos, der diese Karten für seine Geräte benötigt, stehen in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis.

