



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die konzernbezogenen Ausnahmen im österreichischen
und europäischen Kartellrecht“

Band I von I

Verfasser

Mag. Arnold Koger

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: O.Univ.Prof.Dr. Josef Aicher

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis.....	9
Einleitung & Allgemeines.....	13

1. Kapitel: Der Konzernbegriff im österreichischen Gesellschaftsrecht

A. Die Konzerndefinition nach § 15 AktG und § 115 GmbHG als potentielle Interpretationsgrundlage.....	15
I. Der Hintergrund von § 15 AktG und § 115 GmbHG.....	15
II. Das rechtlich selbständige Unternehmen als Konzernobjekt	16
III. Die Frage nach dem Herrschaftssubjekt.....	18
IV. Die einheitliche Leitung gemäß § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG	20
a. <i>Die wirtschaftlichen Zwecke</i>	20
b. <i>Die theoretische Ausgestaltung der einheitlichen Leitung</i>	20
c. <i>Die von der einheitlichen Leitung betroffenen Funktionsbereiche</i>	22
d. <i>Die Art und das Ausmaß der einheitlichen Leitung</i>	23
e. <i>Die Form der einheitlichen Leitung</i>	25
V. Die Beherrschung gemäß § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG	26
B. Die Lösung des (scheinbaren) Widerspruchs zwischen den Konzepten „einheitliche Leitung“ und „beherrschender Einfluss“ mit Hilfe der Vermutungen des dAktG.....	28
I. Die Abhängigkeitsvermutung nach § 17 Abs 2 dAktG.....	28
II. Die Konzernvermutung nach § 18 Abs 1 S 3 dAktG.....	29
III. Der Zweck und die Widerlegbarkeit der Abhängigkeits- und Konzernvermutung.....	30
C. Der Konzern im Konzern und das Gemeinschaftsunternehmen.....	33
I. Die Möglichkeit eines „Konzerns im Konzern“	33
II. Die Problematik des Gemeinschaftsunternehmens	34
D. Zwischenergebnis des 1. Kapitels.....	35

2. Kapitel: Das Konzernprivileg im Rahmen des Zusammenschlusskontrollrechts

A.	Allgemeines zu den Zusammenschlusskontrollbestimmungen im österreichischen und deutschen Recht.....	40
I.	Der Grundtatbestand im österreichischen Recht.....	40
II.	Der Grundtatbestand im deutschen GWB.....	41
B.	Der Grundtatbestand im EU-Recht: Der Kontrollbegriff des Art 3 FKVO.....	44
I.	Der Unternehmensbegriff des Zusammenschlussrechts	46
II.	Die Art und Intensität des bestimmenden Einflusses.....	46
a.	<i>Die Entscheidung Fortis/BCP durch die Kommission</i>	50
b.	<i>Die Entscheidung Metronet/Infracore durch die Kommission</i>	51
c.	<i>Das Mindestmaß an Kontrolle</i>	51
III.	Die alleinige Kontrolle	53
a.	<i>Alleinige Kontrolle trotz Minderheitsrechten</i>	53
b.	<i>Die Frage nach de-facto-Kontrolle</i>	55
IV.	Die gemeinsame Kontrolle	57
a.	<i>Das Optionsrecht</i>	59
b.	<i>Gemeinsame Interessen auf Grund von einheitlichem Stimmverhalten als Grundlage für eine de-facto-Kontrolle</i>	62
V.	Die Verstärkung der Kontrolle.....	66
C.	Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	70
I.	Das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.....	71
II.	Das Verhältnis zwischen Art 3 FKVO und Art 101 AEUV im Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen.....	73
III.	Der Begriff der „Gründung“	75
D.	Die konzernunmittelbaren Erwerbstatbestände im österreichischen Zusammenschlussrecht.....	77
I.	Der mittelbare Erwerb von Anteilen im Rahmen des § 7 Abs 1 Z 3 KartG.....	77
a.	<i>Der „abstrakte Gefährdungstatbestand“</i>	78
b.	<i>Die mögliche Umgehung einer 25-prozentigen Beteiligung</i>	79
II.	Der beherrschende Einfluss nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG.....	80
a.	<i>Die Frage nach einer eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Definition des beherrschenden Einflusses</i>	81
b.	<i>Die Frage nach den faktischen Unterschieden zwischen der wettbewerbsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Definition</i>	84

E.	Exkurs: Der Konzern im Rahmen der Umsatzerlösberechnung gemäß § 22 Z 1 iVm § 7 KartG	87
I.	Die beteiligten und verbundenen Unternehmen	87
II.	Die Beteiligung eines staatlichen Unternehmens (Staatsholdingprinzip)	90
F.	Die Konzernausnahme im österreichischen Zusammenschlusskontrollrecht nach § 7 Abs 4 KartG	92
I.	Die Postbus-Entscheidung des OGH	93
a.	<i>Die erstgerichtliche Entscheidung</i>	94
b.	<i>Der Verweis des OGH auf das deutsche Recht</i>	95
c.	<i>Die Frage der tatsächlichen Ausübung des beherrschenden Einflusses sowie die Notwendigkeit einer zusammenschlussrechtlichen Beherrschungsdefinition</i>	97
d.	<i>Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen von Staatsbeteiligungen</i>	103
e.	<i>Conclusio</i>	109
II.	Die Brau Union-Entscheidung des OGH	110
III.	Die Anwendung der OGH-Rsp zu § 7 Abs 4 KartG in der Praxis	116
G.	Das Konzernprivileg im europäischen Zusammenschlussrecht	118
H.	Zwischenergebnis des 2. Kapitels	123

3. Kapitel: Das Konzernprivileg in Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV und § 1 Abs 1 KartG

A.	Die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV – das Konzernprivileg	125
I.	Einleitung: Ein Überblick über Art 101 Abs 1 AEUV und das Konzernprivileg	125
II.	Das Fehlen einer „Vereinbarung“ iSd Art 101 Abs 1 AEUV	127
a.	<i>Die Kodak-Entscheidung der Kommission</i>	127
b.	<i>Analyse</i>	128
III.	Der Unternehmensbegriff als Anknüpfungspunkt	130
a.	<i>Die Hydrotherm Gerätebau-Entscheidung des EuGH</i>	131
b.	<i>Analyse</i>	132
IV.	Das Fehlen der Wettbewerbsbeschränkung	135
a.	<i>Die Entscheidung Christiani & Nielsen durch die Kommission</i>	135
b.	<i>Die Viho-Entscheidung des EuGH (I)</i>	138
c.	<i>Analyse</i>	140

V.	Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV	142
	a. <i>Die Frage nach einer eigenen wettbewerbsbezogenen Konzerndefinition</i>	142
	b. <i>Art und Ausmaß der Kontrolle</i>	143
	c. <i>Beherrschungsmöglichkeit oder tatsächliche Ausübung des Einflusses?</i>	144
	d. <i>Conclusio</i>	147
VI.	Die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung der internen Aufgabenverteilung	149
	a. <i>Die Centrafarm-Entscheidungen des EuGH</i>	149
	b. <i>Analyse</i>	150
VII.	Absprachen zwischen Tochtergesellschaften	151
VIII.	Die zeitliche Abgrenzung des Konzernprivilegs	153
B.	Die Verhaltenszurechnung	154
	I. Die ältere grundlegende unionsrechtliche Rsp zur Verhaltenszurechnung	155
	a. <i>Die Farbstoffe-Entscheidung durch die Kommission und der EuGH-Fall Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission</i>	155
	b. <i>Die Zoja/CSC-ICI-Entscheidung der Kommission</i>	157
	c. <i>Die AEG-Entscheidung</i>	159
	II. Die neueren Entwicklungen zur Verhaltenszurechnung	161
	a. <i>Die Akzo Nobel-Entscheidung des EuGH</i>	161
	b. <i>Analyse</i>	163
	III. Die konkrete Haftendenkreis im Rahmen der Verhaltenszurechnung	165
	a. <i>Der Lombardclub-Fall des EuGH und des EuG</i>	166
	b. <i>Die Ausuferungsgefahr der Haftung</i>	167
	IV. Die Frage der Verhaltenszurechnung bei Gemeinschaftsunternehmen	170
	V. Die Österreichische Rechtslage zu einer allfälligen Verhaltenszurechnung	173
C.	Die Abgrenzung zwischen Art 101 und 102 AEUV im Verhältnis zum Konzernprivileg	175
	I. Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen von Art 102 AEUV	175
	a. <i>Die Viho-Entscheidung des EuGH (II)</i>	175
	b. <i>Analyse</i>	177
	II. Die Thematik der Kosten-Preis-Schere („margin squeeze“)	178
	a. <i>Die unionsrechtliche Rsp zur Kosten-Preis-Schere</i>	180
	b. <i>Analyse</i>	182
D.	Das Konzernprivileg im Rahmen von § 1 KartG	184
	I. Die ältere Entscheidungspraxis	185
	II. Die Konzernpreise-Entscheidung des OGH	186

III. Die Haftungsverbund IV-Entscheidung des OGH	187
IV. Analyse des Konzernprivilegs nach § 1 KartG.....	189
V. Das Verhältnis zwischen dem kartellrechtlichen Konzernprivileg und dem Zusammenschlussrecht im Lichte der Haftungsverbund IV-Entscheidung	192
E. Zwischenergebnis des 3. Kapitels.....	194
Schlussbemerkungen.....	197
Entscheidungsverzeichnis.....	199
Literaturverzeichnis	205
Abstract	211
Lebenslauf – Arnold Koger.....	213

Abkürzungsverzeichnis

aaO	= am angegebenen Ort
ABI	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	= Absatz
AEUV	= Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung) aufgrund des Vertrags von Lissabon vom 1. Dezember 2009
aF	= alte Fassung
AG	= Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	= Aktiengesetz
Anm	= Anmerkung
ARÄG	= Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009
ArbVG	= Arbeitsverfassungsgesetz
arg.	= argumentum
Art	= Artikel(n)
Aufl	= Auflage
AÜG	= Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
BBG	= Bundesbahngesetz
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof (Deutschland)
BKartA	= Bundeskartellamt (Deutschland)
BKAnw	= Bundeskartellanwalt
BlgNR	= Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BWB	= Bundeswettbewerbsbehörde
bzgl	= bezüglich
bzw	= beziehungsweise
d	= der, des
dAktG	= deutsches Aktiengesetz
DB	= Der Betrieb (Zeitschrift)
dh	= das heißt
dHGB	= deutsches Handelsgesetzbuch
E	= Entscheidung
EBRV	= Erläuternde Bemerkungen
EG	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957 in der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 2.10.1997
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EU	= Europäische Union
EuGH	= Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuG	= Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
f	= folgend(e), (er), (es)
ff	= die folgenden
FKVO	= Fusionskontrollverordnung
FS	= Festschrift
GA	= Gutachten
GesRZ	= Der Gesellschafter (Zeitschrift)

GewO	= Gewerbeordnung
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	= Gesetzgebungsperiode
GVO	= Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	= deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hA	= herrschende Ansicht
HGB	= Handelsgesetzbuch (seit 31.12.2006 außer Kraft)
hL	= herrschende Lehre
hM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber
idR	= in der Regel
ieS	= im engeren Sinn
iHv	= in Höhe von
iS	= im Sinne
iSd	= im Sinne de(s), (r)
iSv	= im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
Jud	= Judikatur
Kap	= Kapitel
KartG	= Kartellgesetz 2005
KartGNov	= Kartellgesetznovelle
KG	= Kartellgericht
KOG	= Kartellobergericht
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz
lit	= litera, literae
Lit	= Literatur
LKartB	= Landeskartellbehörde (Deutschland)
Ltd	= Limited company
Mat	= Materialien
maW	= mit anderen Worten
mE	= meines Erachtens
mMn	= meiner Meinung nach
mwN	= mit weiteren Nachweisen
nF	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr	= Nummer
ÖBB	= Österreichische Bundesbahnen
ÖBl	= Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖIAG	= Österreichische Industrieholding AG
ÖIAG-G	= ÖIAG-Gesetz
ÖJT	= Österreichischer Juristentag
OLG	= Oberlandesgericht
ÖPAG	= Österreichische Post AG
OZK	= Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht
PSG	= Privatstiftungsgesetz
RdW	= Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)

RLB	= Raiffeisen Landesbank
Rn	= Randnummer(n)
Rs	= Rechtssache
Rsp	= Rechtsprechung
s	= siehe
S	= Satz
Slg	= Sammlung der Rechtsprechung des Rechtshofes
sog.	= sogenannte(n)(r)(s)
SZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	= und andere
udgl	= und dergleichen
UGB	= Unternehmensgesetzbuch
va	= vor allem
Verf	= Verfasser
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung
Vorbem	= Vorbemerkung(en)
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Z	= Ziffer, Zahl
zB	= zum Beispiel
ZFR	= Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZVB	= Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Einleitung & Allgemeines

Der Begriff des „Konzerns“ wird heutzutage insbesondere im Geschäftsleben weitläufig verwendet. Oftmals bezieht man sich dabei unscharf auf größere Unternehmen oder Unternehmensverflechtungen, ohne eine genaue Definition anzudenken. Eine solche ist allerdings auch in juristischer Hinsicht nicht leicht auszumachen und je nach Rechtsordnung, je nach Gesetz und je nach Auslegung des jeweiligen Gesetzes kommt man auf verschiedene – nicht immer klar abzugrenzende – Konzerndefinitionen, welche insbesondere die Komplexität dieses Rechtsgebiets ausmachen.

Eines verbindet jedoch die Konzerndefinitionen des EU-Rechts sowie jene des österreichischen und auch des deutschen Rechts: Im Mittelpunkt finden sich immer die Begriffe „wirtschaftliche Einheit“ und „beherrschender/bestimmender Einfluss“. Teilweise ist unklar, welcher dieser Begriffe nun tatsächlich für die Konzerneigenschaft ausschlaggebend sein soll, zumal sie sich in gewissen Bereichen sehr nahe kommen, in anderen wieder weitgehend unterschiedlich sein können. Oft wird durch die Behörden und Gerichte nicht klar zwischen diesen zwei Konzepten unterschieden, was zu weitgehenden Auslegungsproblemen führt.

Im Kartellrecht und im Zusammenschlussrecht stehen zumeist Konzerne im Mittelpunkt, welche oft auch verflochtene Unternehmensverbindungen und –strukturen aufweisen. Hierbei ist jedoch immer zu unterscheiden, ob die jeweiligen Konzernunternehmen untereinander oder mit Dritten die Tatbestände des Kartell- und Zusammenschlussrechts erfüllen. Denn der Zweck dieser Bestimmungen ist der Schutz des Wettbewerbs, welcher jedoch durch konzerninterne Vereinbarungen und Umstrukturierungen regelmäßig nicht gefährdet ist. Deshalb existieren für letztere in den verschiedenen Rechtsordnungen Ausnahmen aus den jeweiligen Tatbeständen. Dabei stellt sich jedoch eine Reihe von Fragen, welche komplexe Problemstellungen aufwerfen. So ist zB unklar, welcher Konzernbegriff tatsächlich von den verschiedenen Konzernprivilegien zu verwenden ist, was auch teilweise je nach Rechtsordnung abweichend beantwortet wird.

Im ersten Kapitel gilt es, mangels einschlägiger wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen für das Grundverständnis des „Konzerns“ die Konzerndefinition des § 15 AktG und § 115 GmbHG zu analysieren, zumal auf diese Bestimmungen insbesondere im Rahmen des zusammenschlussrechtlichen Konzernprivilegs gemäß § 7 Abs 4 KartG ausdrücklich verwiesen wird. Es wird versucht, die für die Konzerndefinition zentralen Begriffe des „beherrschenden Einflusses“ und der „wirtschaftlichen Einheit“ zu erklären und die in diesen Definitionen vorhandenen Mehrdeutigkeiten genauer zu erläutern. In diesem

Rahmen wird zur Klärung wesentlicher Fragen auch auf das deutsche GWB eingegangen. Ob und inwiefern die gesellschaftsrechtlichen Definitionen auf das Wettbewerbsrecht übertragen werden können, bleibt, insbesondere angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke der betreffenden Rechtsbereiche, zu diesem Zeitpunkt noch offen.

Im zweiten Kapitel wird versucht, das Konzernprivileg im Rahmen des Zusammenschlusskontrollrechts zu definieren. Um die Konzernausnahme zu verstehen, werden insbesondere die in den jeweiligen Zusammenschlusstatbeständen befindlichen Definitionen des beherrschenden Einflusses nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG sowie jene der Kontrolle nach Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“)¹ analysiert. Es scheint einerseits der Vergleich der Beherrschungstatbestände untereinander und andererseits jener zum beherrschenden Einfluss gemäß § 15 Abs 2 AktG sowie § 115 Abs 2 GmbHG geboten, zumal der OGH – wie insbesondere anhand seiner *Postbus-* und *Brau-Union-*Entscheidungen zu sehen sein wird – bei der Konzernausnahme iSd § 7 Abs 4 KartG auf eine Art beherrschenden Einfluss abstellt.

Schließlich wird im dritten und letzten Kapitel genauer auf das Privileg bei Verhaltensweisen und Vereinbarungen zwischen Konzernunternehmen im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV eingegangen. Auch in diesem Kapitel wird va anhand der unionsrechtlichen Rsp auf die zentrale Unterscheidung zwischen Beherrschungsmöglichkeit und tatsächlicher Beherrschung eingegangen. Des Weiteren wird an dieser Stelle die mit dem Konzernprivileg eng zusammenhängende Zurechnung der Verhaltensweisen innerhalb eines Konzerns bei Verstößen gegen das Kartellverbot analysiert. Schlussendlich wird untersucht, wie weit sich die aus dem EU-Recht geleiteten Grundsätze zum Konzernprivileg nach Art 101 Abs 1 AEUV auch auf das österreichische Kartellverbot nach § 1 Abs 1 KartG anwenden lassen. Zuletzt wird das Verhältnis zwischen Kartellverbot und Zusammenschlussrecht mit besonderem Schwerpunkt auf das Verhältnis der zwei Konzernprivilegien untereinander geklärt.

¹ ABI 2004 L 24, 1 ff.

1. Kapitel: Der Konzernbegriff im österreichischen Gesellschaftsrecht

A. Die Konzerndefinition nach § 15 AktG und § 115 GmbHG als potentielle Interpretationsgrundlage

Weder im europäischen noch im österreichischen Wettbewerbsrecht wird das Konzernprivileg bzw der in diesem Rahmen zu verwendende Konzernbegriff ausdrücklich gesetzlich definiert. In § 7 Abs 4 KartG, welcher das Zusammenschlussrechtliche Konzernprivileg normiert (s dazu ausführlich unten 2. Kapitel unter Punkt F.), befindet sich diesbezüglich nur folgender Hinweis:

„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.“

Vorweg lässt sich also nicht abstreiten, dass im Rahmen des Konzernprivilegs der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff eine gewisse Bedeutung einnehmen wird. Inwiefern sich die gesellschaftsrechtlichen Definitionen jedoch tatsächlich auf das Wettbewerbsrecht übertragen lassen, ist jedoch insbesondere im Lichte der Schutz- und Regelungszwecke der unterschiedlichen Rechtsgebiete fraglich. Auf Grund dieser – noch genauer zu erläuternden – Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Konzerndefinition, liegt es nahe, sich zunächst mit dieser auseinanderzusetzen, um in weiterer Folge ihre Übertragbarkeit auf das wettbewerbsrechtliche Konzernprivileg zu hinterfragen.

I. Der Hintergrund von § 15 AktG und § 115 GmbHG

Weder das österreichische AktG noch das GmbHG beinhalten im Gegensatz zu den einschlägigen deutschen Gesetzesbestimmungen einen eigenen Abschnitt über das Konzernrecht. Die deutschen Kodifizierungen belegen allerdings die Wichtigkeit des Konzernrechts im Allgemeinen und sind auch für das österreichische Recht relevant, weil sie dafür oft als Interpretationsgrundlage dienen. Daher wird bereits in diesem Kapitel vergleichsweise auf das deutsche Konzernrecht eingegangen.

Der aus dem dAktG 1937 stammende § 15 AktG und der gleich lautende, 1991 aus Gründen der Klarstellung eingeführte, § 115 GmbHG bieten folgende Konzerndefinition an:

„(1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

(2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.“

Diese Konzerndefinition, welche auch nicht im Rahmen des Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009² modifiziert wurde, ist wohl die wichtigste im österreichischen Recht. Sie ist jedoch sichtlich kurz gehalten und lässt viele Fragen unbeantwortet. Tatsächlich finden sich die Antworten auf Konzernfragen eher in der Lehre und in der Rsp, zumal auch der Wortlaut dieser Bestimmungen nicht eindeutig ist. Einige Interpretationshinweise werden auch aus dem später eingeführten § 244 UGB (ex HGB) geleitet³, wobei hier auf Grund der unterschiedlichen Gesetzeszwecke Vorsicht geboten ist. Auf die Konzerndefinition des AktG und GmbHG wird ähnlich wie Rahmen der Zusammenschlusskontrolle auch in einigen anderen Gesetzen ausdrücklich verwiesen (so zB in § 1 Abs 2 Z 5 AÜG oder in diversen Bestimmungen des ArbVG).

Die grundlegende Unterscheidung zwischen den jeweiligen Absätzen der § 15 AktG und § 115 GmbHG ist durchaus relevant: Sie stellt eine der Kernproblematiken im Konzernrecht dar und ist in weiterer Folge auch für die Konzernprivilegien zentral. Insbesondere ist auch in den Verweisen anderer Bestimmungen darauf zu achten, weil unter anderem für bloß abhängige Unternehmen ohne einheitliche Leitung andere Rechtsfolgen vorgesehen sind. Die Konzerne nach Abs 1 werden unter anderem als faktische Konzerne, jene des Abs 2 als Vertragskonzerne (arg. der Gesetzeswortlaut „auf Grund von Beteiligungen oder sonst“) bezeichnet⁴, wobei auch diese Unterteilung umstritten ist.⁵ In diesem Abschnitt wird daher an der – unumstrittenen – Unterscheidung zwischen einheitlicher Leitung (Abs 1) und beherrschendem Einfluss (Abs 2) festgehalten.

II. Das rechtlich selbständige Unternehmen als Konzernobjekt

Als Unternehmen wird gemäß § 1 Abs 2 S 1 KSchG und seit kurzem auch gemäß § 1 Abs 2 UGB „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“, verstanden. Da der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht das Unternehmen nicht gesondert definiert, wird wohl auf diese Definition

² 233/ME XXIII. GP.

³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 115 Rn 4.

⁴ *Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I (2003) § 15 Rn 4 mwN.

⁵ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern – zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, GA 10. ÖJT (1988) 263 f.

zurückzugreifen sein.⁶ Bei Handelsgesellschaften wird beispielsweise die Unternehmenseigenschaft wohl bereits durch die Rechtsform begründet und auch kaum widerlegbar sein.⁷ Zu den konkreten Problemstellungen der Unternehmensdefinition wird daher auf die einschlägige Lit zum UGB und zum KSchG verwiesen: Diese sind eine eigene Arbeit für sich wert (zum Unternehmen als Herrschaftssubjekt iSd Abs 2, s unten, unter Punkt A.III).

Wie *Krejci* zu Recht bemerkt, gibt es streng genommen kein rechtlich selbständiges Unternehmen, da bei der Beurteilung der rechtlichen Selbständigkeit immer auf den Unternehmensträger – sei es eine Einzelperson, eine Personengesellschaft, eine Kapitalgesellschaft, eine Körperschaft oder ein ideeller Verein – abzustellen sein wird.⁸ Selbst eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts könne ein Konzernunternehmen führen, wobei diesfalls die Gesellschafter als Rechtsträger fungieren. Der Rechtsträger des betriebenen Unternehmens darf mit jenem des betreibenden Unternehmens nicht ident sein, damit von einem „rechtlich selbständigen Unternehmen“ die Rede sein kann.

Im europäischen Wettbewerbsrecht werden neben einzelnen Unternehmen auch ganze Produktionszweige als ein Unternehmen angesehen (sog. „einheitlicher Unternehmensbegriff“). Demnach sind Unternehmen, „*eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird*“.⁹ Oft werden auch ganze Konzerne als ein „Unternehmen“ bezeichnet, was zunächst etwas verwirrend erscheint, jedoch mit der unten angeführten Konzerndefinition *Koppensteiners* und *Doralts* im Einklang steht, wonach der Konzern wie ein einheitliches Unternehmen konstruiert ist (s dazu ausführlich unten, unter Punkt A.IV.; zur unionsrechtlichen Unternehmensdefinition, s 2. Kapitel unter Punkt B.I. sowie 3. Kapitel unter Punkt A.III).

Auf der anderen Seite werden vom unionsrechtlichen Unternehmensbegriff zB auch unselbständige Konzerngesellschaften erfasst, weil dort die wirtschaftliche Unabhängigkeit bzw Selbständigkeit (im Gegensatz zum österreichischen Recht) kein konstitutives Merkmal des Unternehmensbegriffs darstellt. Der unionsrechtliche Unternehmensbegriff ist demnach in zweifacher Hinsicht weiter als der österreichische. Einerseits umfasst er Gruppierungen von Unternehmen, also unter anderem auch Konzerne, andererseits umfasst er – nach einer mE fraglichen Ansicht – auch unselbständige Betriebsstätten, die nach nationalem Recht

⁶ So auch *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 252 f mwN: Das „Unternehmen“ wäre früher, unabhängig vom KSchG, ähnlich definiert worden; ähnlich *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ I (2006) § 15 Rn 11 mwN.

⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 7; so auch *Nowotny* in *Straube*, Kommentar zum HGB² II, § 244 Rn 15.

⁸ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 254.

⁹ *Sutter* in *Mayer*, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Art 87 EGV (2004) Rn 29 mwN.

nicht einmal als Unternehmen gelten würden. All diese „Unternehmen“ können nach Unionsrecht kartellrechtlich relevante Handlungen setzen.

III. Die Frage nach dem Herrschaftssubjekt

Abs 2 von § 15 AktG bzw § 115 GmbHG normiert ausdrücklich, dass das Herrschaftssubjekt ein Unternehmen sein muss. Fraglich ist, ob bereits der Betrieb eines Konzernunternehmens als Unternehmenstätigkeit reicht, was allerdings das explizite Erwähnen des Unternehmens hinfällig machen würde. Hierbei wird wohl darauf abzustellen sein, ob die Leitungstätigkeit einer eigenen unternehmerischen Organisation bedarf oder nicht. Diese unternehmerische Tätigkeit muss jedenfalls im Zusammenhang mit dem geleiteten Unternehmen sein.¹⁰ Die untere Grenze dieser Unternehmenstätigkeit ist jedoch schwierig zu ziehen. Schlussendlich wird auf das Unternehmenserfordernis beim Herrschaftssubjekt weitgehend verzichtet. Denn das – bereits an sich umstrittene – Ziel dieser Einschränkung, nämlich die Abwehr der vermeintlich höheren Benachteiligungsgefahr bei einem Unternehmen an der Konzernspitze, wäre durch diese unklare Regelung kaum verwirklicht, so *Krejci*.¹¹ Es käme laut ihm auf Art und Umfang des Unternehmens an. So könne man freiberufliche Tätigkeiten zumindest in der Regel aus dem Unternehmensbegriff des Abs 2 ausklammern.

Während in Abs 2 explizit von einem herrschenden Unternehmen die Rede ist, schweigt Abs 1 darüber, ob die einheitliche Leitung von einem Unternehmen ausgehen muss. Daraus wurde von manchen Autoren geleitet, dass Abs 2 den Unterordnungskonzern regelt und Abs 1 den Gleichordnungskonzern.¹² Andere Autoren verneinen dies wohl zu Recht mit dem Argument, dass es ohnehin keinen Konzern ohne einheitliche Leitung seiner Glieder geben könne.¹³ Dies ist wohl einer der wichtigsten Unterschiede zwischen dem österreichischen AktG und dem dAktG, welcher in § 18 Abs 2 regelt:

„Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

¹⁰ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 255.

¹¹ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 256 mwN.

¹² So zB *Gröhs*, Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff (§ 15 AktG, § 115 GmbHG), RdW 1987, 252; *Jud.*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 113 f.

¹³ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 12 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 5 mwN; eingehender *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 246 f, 264.

Im Gegensatz zu § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG wird im deutschen Recht also ausdrücklich klargestellt, dass die Unternehmen untereinander nicht abhängig sein dürfen, um den Tatbestand des § 18 Abs 2 dAktG zu erfüllen. Dabei wurde offenbar darauf abgezielt, mit diesem Zusatz § 18 Abs 2 von Abs 1 zu unterscheiden, welcher von der Zusammenfassung abhängiger Unternehmen innerhalb einer einheitlichen Leitung ausgeht. Damit wird aus gutem Grund im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen Unterordnungskonzern (Abs 1) und Gleichordnungskonzern (Abs 2) vorgenommen. Auf diese – die Abhängigkeit betreffende – Unterscheidung wurde im österreichischen Recht jedoch verzichtet. Da diese Abhängigkeit die einzig relevante Unterscheidung zwischen den zwei Absätzen des § 18 dAktG dargestellt, scheint es zwecklos, diese Zweiteilung zwischen Unter- und Gleichordnungskonzern für das österreichische Recht zu übernehmen, zumal dort auch sonst keine Hinweise auf eine derartige Interpretation vorzufinden sind.

Eine solche wäre mE für das österreichische Recht auch nicht geboten, weil – wie bereits erwähnt – das Argument zutrifft, dass im Rahmen einer einheitlichen Leitung eigentlich immer eine gewisse Abhängigkeit herrschen muss. Dies wäre auch der Fall, wenn sich zwei „gleichgestellte“ Unternehmen freiwillig einer solchen einheitlichen Leitung unterwerfen, die regelmäßig auch von einem Unternehmen ausgehen wird. Dass es dem Gesetzgeber im österreichischen Recht darauf angekommen wäre, die Unterscheidung zwischen den zwei Absätzen bei der Frage anzusetzen, ob es sich beim Herrschaftssubjekt um ein Unternehmen handelt oder nicht, geht – im Gegensatz zu § 18 dAktG – keinesfalls aus dem Gesetzeswortlaut hervor. Daher wird die Unterscheidung zwischen Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern als Spezifikum des deutschen Rechts anzusehen sein, weshalb sie für den weiteren Verlauf der Arbeit nur ausnahmsweise von Bedeutung sein kann.

Nach *Krejci*¹⁴ können jedenfalls auch Personengesellschaften und Einzelpersonen Konzerne iSd Abs 1 betreiben, da es nur auf die Fremdbestimmung der Geschäftsführung des Konzernunternehmens ankäme. So nahm auch der OGH beispielsweise an, dass eine Privatstiftung an der Konzernspitze stehen könne:

„Eine Privatstiftung kann Konzernspitze sein, wenn nicht eine unzulässige, alle wesentlichen Leitungsbereiche umfassende straffe Konzernleitung vorliegt, die dem Verbot des § 1 Abs 2 Z 1 und 2 PSG widerspricht.“¹⁵

Nach dem oben Gesagten ist dieser Ansicht auch bedenkenlos beizupflichten, weil es im Rahmen des § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG letzten Endes nicht auf das Herrschaftssubjekt, sondern auf die Art der Leitung anzukommen hat. So würde man die

¹⁴ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 237.

¹⁵ OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p (SZ 2005/176) Rn VIII, 3.

Unternehmenseigenschaft einer Konzernspitze gewissermaßen fingieren müssen oder zumindest davon ausgehen, dass doch das Betreiben eines Konzerns für die Qualifikation als Unternehmen ausreicht, um diesbezüglich hinfällige Unterscheidungen zwischen Abs 1 und Abs 2 zu vermeiden.

IV. Die einheitliche Leitung gemäß § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG

Gemäß § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG müssen rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sein, um einen Konzern zu bilden.

a. Die wirtschaftlichen Zwecke

Aus Übersichtlichkeitsgründen widmen wir uns zunächst dem – wohl unbedeutendsten – Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen Zwecke“. Diese stehen im Gegensatz zu den ideellen Zwecken, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht als notwendig erachtet wird, sondern lediglich Vorteile irgendeiner Art, insbesondere in der Planung und in der Organisation. Hierbei ist auf das Interesse des gesamten Konzerns und nicht jenes des Einzelunternehmens abzustellen.¹⁶ Wie wenig relevant dieses Tatbestandsmerkmal tatsächlich ist, beweist das deutsche Gesellschaftsrecht, in welchem es im Zuge der Konzernrechtsreform 1965 aufgegeben wurde, weil eine Konzernbildung ohne wirtschaftlichen Zweck in der Praxis ohnehin kaum in Frage kommt.¹⁷

b. Die theoretische Ausgestaltung der einheitlichen Leitung

Was unter dem viel wichtigeren Begriff der einheitlichen Leitung rechtlich selbständiger Unternehmen zu verstehen ist, wird im Gesetz ebenso nicht näher definiert. Vorweg ist festzuhalten, dass die einheitliche Leitung (Abs 1) alle Konzerne erfasst und sie dem Begriff des Konzerns daher – vom unbedeutenden Tatbestandsmerkmal der oben angeführten wirtschaftlichen Zwecke abgesehen – gleichgestellt werden kann (mehr dazu, s unten, unter A.IV. und V.). Denn, wie bereits oben festgestellt, bieten die zwei Absätze der Konzerndefinition keine Unterscheidung zwischen Unterordnungs- und Gleichordnungskonzernen.

¹⁶ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 262 mwN.

¹⁷ So auch *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*³ VI (2004) § 18 Rn 1 mwN; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 263 mwN.

*Koppensteiner*¹⁸ verweist zunächst auf die Wirtschaftswissenschaften, aus denen der Konzernbegriff ursprünglich stammt, weil bereits in den Materialien zum dAktG anstatt auf eine Definition der einheitlichen Leitung auf die Konzernwirklichkeit bzw auf das Wirtschaftsleben verwiesen wird.¹⁹ Allgemein wird der Konzern (maW die einheitliche Leitung) in diesem Sinne als wirtschaftliche Einheit²⁰ aufgefasst, wobei diese den Stadien der unternehmerischen Zielverwirklichung der Planungs- Durchführungs- und Kontrolleinheit gleichgehalten wird.²¹ *Doralt* definiert die einheitliche Leitung damit, „dass der Konzern trotz rechtlicher Selbständigkeit seiner Glieder wirtschaftlich im Grunde nichts anderes darstellt, als eine Variante des einem einzigen Träger zugeordneten Unternehmens“.²² *Koppensteiner* geht noch weiter und setzt voraus, dass „die Aktivitäten verschiedener rechtlich selbständiger Unternehmen durch entsprechende Einflussnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert werden, dass dies der möglichen Leitungsstruktur eines Einheitsunternehmens entspricht“.²³ Dieses Konzept scheint insbesondere auch mit jenem der Gleichstellung zwischen Unternehmen und wirtschaftlicher Einheit (Konzern) im EU-Recht übereinzustimmen, allerdings belässt es *Koppensteiner* hier eindeutig nur bei einem Vergleich (vgl dazu insbesondere 3. Kapitel unter Punkt A.III). *Krejci* vergleicht die einheitlich Leitung mit einem Bundesstaat oder – bei noch größerer Lockerung – mit einem Staatenbund.²⁴

Mit diesen Erklärungsversuchen ist man allerdings noch nicht auf des Rätsels Lösung gestoßen. Es sind beispielsweise auch in einem Einheitsunternehmen, mit dem *Doralt* und *va Koppensteiner* den Konzern vergleichen, durchaus verschiedene Führungsstile denkbar: Ein Manager delegiert weitgehend seine Aufgaben, ein anderer überlässt den Bereichsleitern kaum Selbständigkeit. Von einer allgemein anwendbaren „Leistungsstruktur“ kann daher keine Rede sein. Einig ist man sich jedenfalls, dass hinsichtlich der erforderlichen Einflussnahme kein Weisungsrecht oder gar dessen Ausübung notwendig ist.²⁵

¹⁸ *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 16.

¹⁹ *Gröhs*, RdW 1987, 252.

²⁰ So auch insbesondere OGH 18.1.1983, 4 Ob 510/82 (SZ 56/10); OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141); *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ I, § 15 Rn 30; *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 19 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 15; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 255; zur deutschen Rechtslage vgl *Fett* in *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz (2008) § 18 Rn 5.

²¹ *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 23 mwN; ähnlich auch *Gröhs*, RdW 1987, 253.

²² *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 8.

²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 15 mwN; ähnlich auch *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 20 mwN.

²⁴ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 258.

²⁵ Unter anderen *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 10 ff; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ I, § 15 Rn 16; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 15; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 261 mwN; so auch *Gröhs*, RdW 1987, 253.

c. Die von der einheitlichen Leitung betroffenen Funktionsbereiche

Man hat sich bezüglich des Ziels der Einflussnahme mehr oder minder darüber geeinigt, dass für die Erfassung durch den Begriff der einheitlichen Leitung gewisse Funktionsbereiche der Konzernglieder einheitlich geleitet werden müssen. Hierbei soll im Allgemeinen die tatsächliche Unterordnung der Einzelinteressen unter das Konzerninteresse im Vordergrund stehen.²⁶ Welche und wie viele Funktionsbereiche dies genau sein müssen, bleibt allerdings umstritten. *Gröhs*²⁷ setzt die Koordinierung des Informations-, Finanz- und Personalbereiches für die Annahme einer einheitlichen Leitung voraus. Nach hA muss hierfür zumindest die dauernde Einflussnahme im finanziellen Bereich vorliegen, da die Entscheidungsmacht über Investitionen.²⁸ *Koppensteiner* geht sogar weiter und setzt die Koordination im finanziellen Bereich, insbesondere durch Einflussnahme in die Abschreibungs- und Investitionspolitik, durch Entscheidungen über Mittelherkunft und Mittelverwendung und über die Investitionspolitik bis zur Konzernergebnisplanung, als „notwendige Bedingung“ für die einheitliche Leitung voraus, wogegen er andere Entscheidungsbereiche er als „farblos“ hinstellt.²⁹ Der Finanzbereich wirke sich laut ihm ohnehin auf alle anderen Bereiche aus. Reine Holdinggesellschaften, die lediglich Beteiligungen verwalten, ohne sich in den Geschäftsbetrieb einzumischen, stellen aber keinen Konzern dar, ebenso wenig wie bloße Gewinnpoolungen.³⁰

Weitere Hinweise für das (Nicht-)Vorhandensein einer einheitlichen Leitung bilden auch die Entscheidungsmacht über den Teil der Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft, die eigene Liquidität des Einzelunternehmens (unabhängig vom Gewinn)³¹ und die grundsätzliche Festlegung der Geschäftspolitik.³² Letzten Endes wird bei der Beurteilung, welche Bereiche von der einheitlichen Leitung zwingend erfasst sein müssen, auf ein bewegliches System (maW auf eine „Gesamtschau“) abzustellen sein, wobei gewisse Funktionen für das Mindestmaß erforderlich sind. So ist zB der finanzielle Bereich kaum wegzudenken, will man tatsächlich Kontrolle auf das Tochterunternehmen ausüben (dazu eingehender in C.I. sowie im 2. Kapitel in II. und im 3. Kapitel in A.V.a., insbesondere zur Frage, inwiefern auch unterschiedliche Konzerndefinitionen im Kartell- und Zusammenschlussrecht zweckmäßig sind).

²⁶ *Schima*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Festschrift Peter Doralt: Zum 65. Geburtstag (2004) 579.

²⁷ *Gröhs*, RdW 1987, 253 f.

²⁸ So auch *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 8; so auch insbesondere *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ I, § 15 Rn 15; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rn 15 und *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 260; dagegen jedoch *Gröhs*, RdW 1987, 253; vgl auch OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p (SZ 2005/176) Rn VI, 3.

²⁹ *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 26 ff mwN.

³⁰ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 261.

³¹ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 8.

³² *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 24; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 260.

d. Die Art und das Ausmaß der einheitlichen Leitung

Über das genaue Ausmaß der notwendigen Einflussnahme herrscht zumindest ebenso wenig Klarheit wie über deren Natur. *Doralt*³³ tritt hierbei ebenfalls für ein bewegliches System ein: Es müssten seiner Ansicht nach über den finanziellen Bereich hinaus auch andere erfasst werden, wobei insbesondere das Produktionswesen, das Personalwesen, der Vertrieb, die Organisation und das Rechnungswesen eine Rolle spielen könnten, um das notwendige Ausmaß zu erreichen. Je mehr Unternehmensbereiche „unternehmerisches Eigenleben“ aufgeben, umso eher kann eine einheitliche Leitung angenommen werden.³⁴ Es komme bei der „Untergrenze“ der einheitlichen Leitung auf die Eigenart des Unternehmens an. Eine allgemein anwendbare Regel gibt es daher auch hier nicht. Grundsätzlich soll auch eine beschränkende Koordinierung der wichtigsten Fragen der Unternehmenspolitik genügen.³⁵ *Krejci* verlangt „ein gewisses Minimum an Kooperation und Koordination [...], sonst verflüchtigt sich die Konzernstruktur“.³⁶ *Nowotny* verneint deshalb bei bloß wirtschaftlicher Abhängigkeit das Vorhandensein einer einheitlichen Leitung und will dafür eine gesellschaftsrechtliche Absicherung.³⁷ Diese Interpretation ist mMn jedoch fraglich, denn es können auch de facto derart große Abhängigkeiten entstehen, dass sie weit über die „üblichen“ gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen oder Verträge hinausgehen. So ist zB auch beim zusammenschlussrechtlichen Kontrollbegriff irrelevant, wie der Einfluss vermittelt wird, so lange es im Ergebnis vom Ausmaß her für die Bejahung einer einheitlichen Leitung ausreicht (s. dazu eingehender 2. Kapitel unter Punkt B.). Weil es – wie in diesem Abschnitt noch zu sehen sein wird – auch nicht auf die Form des Einflusses ankommt, wird mE dieser Ansicht auch im österreichischen Recht zuzustimmen sein.

Für manche ist die absolute Untergrenze, dass im Konfliktfall das Tochterunternehmen nicht gegen den Willen der Konzernspitze handelt.³⁸ Ob dies aber tatsächlich für die Annahme einer einheitlichen Leitung ausreicht, ist allerdings fraglich, denn das oben genannte Minimum an Kooperation und Koordination auf Konfliktfälle zu reduzieren, ist mE mit dem Wesen der wirtschaftlichen Einheit nicht vereinbar. Es geht dabei nämlich allgemein um die Ausübung der Kontrollmöglichkeiten. Dabei bloß auf in der Regel seltene Ausnahmesituationen abzustellen ist wohl zu wenig, um von einem Konzern zu

³³ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 9 mwN.

³⁴ *Schima* in FS *Doralt*, 579 mwN.

³⁵ *Schima* in FS *Doralt*, 579 mwN.

³⁶ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 259.

³⁷ *Nowotny* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften – Rechnungslegung §§ 189 - 283 HGB² II (2000) § 244 Rn 25 mwN; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht² I (1997) Rn 3/373.

³⁸ *Schima* in FS *Doralt*, 578 mwN.

sprechen. Umso weniger wird es sich daher bei einer bloßen Vereinbarung, nicht gegeneinander aufzutreten, um einen Konzern handeln.³⁹ Denn ein solcher „Nichtangriffspakt“ kann – wenn überhaupt – ein Indiz für die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses nach § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG (s unten, Punkt A.V.) sein, er lässt jedoch keinesfalls auf die tatsächliche Ausübung eines solchen schließen. Hierbei würde man den Konzernbegriff viel zu weit interpretieren und im Ergebnis jeden Verbund, der unabhängig von den Einflussmöglichkeiten und der praktischen Führung der Tochtergesellschaften einen – auch bloß nach außen hin – koordinierten Eindruck macht, als Konzern betrachten, weil zu diesem Zweck allfällige Vereinbarungen geschlossen wurden. Dies würde all dem bisher über die einheitliche Leitung Gesagten widersprechen und hätte mir der Führung eines Konzerns überhaupt nichts mehr zu tun.

Für das Ausmaß und die Art der einheitlichen Leitung wird weiters der Begriff der „Zusammenfassung“ herangezogen, denn Abs 1 normiert unter anderem, dass die Unternehmen zur Konzernbildung unter einer einheitlichen Leitung „zusammengefasst“ sein müssen. Einerseits wird in der Lit diesem Tatbestandsmerkmal nicht viel Bedeutung zugebilligt: Im Vordergrund stünde die einheitliche Leitung und, wenn diese vorliege, müsse nicht festgestellt werden, ob die Unternehmen auch zusammengefasst seien.⁴⁰ Hinter diesem weitgehend unbestimmten Begriff der „Zusammenfassung“ wird andererseits von manchen Autoren auf die Form der einheitlichen Leitung geschlossen: Sie soll aus einer Kombination von rechtlichen und wirtschaftlichen (faktischen) Elementen, wie Verträgen (beispielsweise Organschaftsverträge, Beherrschungsverträge, Gewinnabfuhr- und Verlustübernahmeverträgen, aber auch Darlehens-, Lizenz- und Franchiseverträgen), Beteiligungen und sonstigen insbesondere personellen Maßnahmen, herausgehen, die schlussendlich den Konzern ausmachen würden.⁴¹ So könnte beispielsweise eine nachhaltige Hauptversammlungsmehrheit ein Indiz für eine einheitliche Leitung sein.⁴² Als personelle Maßnahmen wären etwa Verflechtungen in der Form denkbar, dass Vorstandsmitglieder der Konzernspitze auch das Tochterunternehmen leiten.

Die verwendeten Mittel für die Koordination sind rechtlich unerheblich:⁴³ Es kommt nämlich nicht auf die bloßen Vertragstitel, sondern auf die tatsächliche Ausübung dieser einheitlichen Leitung an. Dies unterstreicht auch die oben dargestellte Ansicht, dass es keinesfalls auf eine bloß gesellschaftsrechtliche Vermittlung der wirtschaftlichen Einheit ankommen kann. Aus diesen Gründen der Vielfältigkeit der Einflussmöglichkeiten ist auch

³⁹ Vgl auch *Schima* in FS Doralt, 578.

⁴⁰ *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 4.

⁴¹ Insbesondere *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 259 f mWn.

⁴² *Nowotny* in *Straube*, Kommentar zum HGB² II, § 244 Rn 23.

⁴³ *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 38.

die bereits oben angesprochene Unterteilung von reinen Vertragskonzernen unter Abs 1 und faktischen Konzernen unter Abs 2 nicht zutreffend.⁴⁴ Ab wann genau von einem Konzern gesprochen werden kann, ist allerdings wie so oft anhand des Einzelfalles zu beurteilen: Es wird teilweise sogar bezweifelt, ob eine rechtlich verbindliche Klärung dieses Problems möglich ist.⁴⁵

e. Die Form der einheitlichen Leitung

Zuletzt stellt sich die Frage der Form der einheitlichen Leitung. Da ja im Gegensatz zum Beherrschungstatbestand des Abs 2 (s unten, Punkt A.V.) bei der einheitlichen Leitung gemäß Abs 1 die tatsächliche Ausübung der Beherrschung gefordert wird, wird sich letzteres im Konzern durch eine Art Weisung ausdrücken müssen. Allerdings ist einerseits das Weisungsrecht – wie oben angeführt – keine Voraussetzung für die Erfassung durch Abs 1, andererseits stößt es regelmäßig an die Grenzen der Erlaubtheit, weil beispielsweise die Hauptversammlung in der AG keine rechtliche Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand besitzt (vgl § 70 AktG). Es käme dazu, dass zwar zur Verwirklichung des Tatbestandes Weisungen befolgt werden müssten, diese rechtlich aber nicht verbindlich wären, sondern beispielsweise nur auf Grund eines gewissen (persönlichen) Druckes auf den Manager von diesem befolgt würden.⁴⁶

Dies führt jedoch zu einer Abstraktion, die dem gelebten Konzernalltag kaum entspricht: Dort sind solche Weisungen und einseitig angeordnete Verhaltensweisen nicht der einzige Fall, vielmehr ergibt sich die Willensbildung regelmäßig auch durch einen „ständigen Dialog“⁴⁷ innerhalb des Konzerns, bei dem nur in Ausnahmefällen einseitig von oben eingegriffen wird. Wie stark diese „Demokratisierung“ innerhalb des Konzerns erfolgt, ist jedoch unterschiedlich. Hier wäre man wieder beim oben beschriebenen Vergleich zu den völlig verschiedenen Führungsstilen innerhalb eines Einheitsunternehmens angelangt.⁴⁸ Um dieses Problem einer nicht enden wollenden Spirale zu umgehen, gelangt *Doralt* zur „Möglichkeit und Befugnis zur Entscheidung durch die Konzernleitung“ als wesentliches Element für die einheitliche Leitung, ohne dass hierbei tatsächlich Weisungen befolgt werden müssten.⁴⁹ Dies käme aber dem Beherrschungstatbestand des Abs 2 weitgehend gleich,

⁴⁴ So auch *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 263 f.

⁴⁵ *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 15 mwN.

⁴⁶ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 10 mwN: Auf den Unterschied zwischen der allgemein gehaltenen Richtlinie und der Weisung wird hier nur hingewiesen.

⁴⁷ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 11.

⁴⁸ *Krejci* weist in Partnerschaft, Verein, Konzern, 261 f darauf hin, dass gewisse Unternehmen wie ein „willenloses Werkzeug“ fremdbestimmt werden, wobei dies in gewissen Fällen an die Grenzen der Erlaubtheit stieße.

⁴⁹ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 11.

was zu einem scheinbaren Widerspruch führen würde. Diesen gilt es im Folgenden aufzulösen, wobei insbesondere das dAktG Abhilfe leisten soll (s dazu unten, unter Punkt B.).

V. Die Beherrschung gemäß § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG

Vor der Prüfung, ob ein beherrschender Einfluss besteht, wird zunächst unterschieden, ob die Beherrschung im Wege der einheitlichen Leitung tatsächlich ausgeübt wird (was – wie wiederholt angeführt – auf einen Konzern iSd Abs 1 hinausliefere) oder lediglich die Möglichkeit eines solchen Einflusses (ähnlich der weiter unten dargestellten Abhängigkeit iSd § 17 Abs 1 dAktG).⁵⁰ Diese Unterscheidung ist – wie bereits angeschnitten – keine evidente Angelegenheit. Grundsätzlich gilt also auch das für den beherrschenden Einfluss nach Abs 2 über Form, Ausmaß und Natur der einheitlichen Leitung Gesagte, mit dem Unterschied, dass nach Abs 2 diese einheitliche Leitung nicht ausgeübt werden muss, sondern bloß eine Möglichkeit dazu vorausgesetzt wird.

Das herrschende Unternehmen muss auch hier nicht zwangsläufig dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzwingen dürfen, um den Beherrschungstatbestand des Abs 2 zu erfüllen. Ähnlich wie oben bzgl des Abs 1 besprochen, würde dies bereits daran scheitern, dass zB der Vorstand in der AG weisungsungebunden ist.⁵¹ Zur Erfassung durch den Tatbestand des beherrschenden Einflusses genügt daher „die Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens“. Auf die tatsächliche Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten kommt es jedoch im Rahmen des Abs 2 nicht an. Die bloße Möglichkeit, gewisse Entscheidungen zu verhindern, ist allerdings laut *Koppensteiner* zu wenig.⁵² Dies ist mE jedoch fraglich, denn es ist heutzutage insbesondere nach unionsrechtlicher Rsp anerkannt, dass Vetorechte in gewissen strategischen Bereichen beherrschenden Einfluss vermitteln können (vgl dazu auch 2. Kapitel unter Punkt B.). Auch in der deutschen Lit soll laut einigen Autoren diese „negative Beherrschung“ möglich sein, wenn auch andere sie nur in Verbindung mit anderen rechtlichen oder tatsächlichen Umständen bejahen.⁵³

⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 6.

⁵¹ So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 9.

⁵² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 9 mwN.

⁵³ Zur Diskussion s auch *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁵ (2008) § 17 Rn 25 mwN.

Eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit, die laut einigen Autoren schon bei der einheitlichen Leitung gemäß Abs 1 zu wenig war, reicht *Koppensteiner*⁵⁴ jedenfalls auch im Rahmen von Abs 2 nicht, um einen beherrschenden Einfluss anzunehmen. MMn ist diese Ansicht hinsichtlich des beherrschenden Einflusses zumindest ebenso fraglich wie bei der Beurteilung der einheitlichen Leitung. Denn auch hier kommt es keinesfalls auf die Form der Beeinflussung an. Wenn man also wirtschaftliche Abhängigkeiten bereits im Rahmen der einheitlichen Leitung nach Abs 1 genügen lassen hat, so werden sie umso mehr beim beherrschenden Einfluss nach Abs 2 zu berücksichtigen sein. Die Verneinung der Vetorechte und der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Mittel der Kontrolle widerspricht schlussendlich auch der unionsrechtlichen Jud zum Kontrollbegriff nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO, welche zumindest in Ausnahmefällen eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit genügen lässt (s dazu unten, 2. Kapitel, Punkt B.). Denn, wie bereits wiederholt erwähnt, ist letzten Endes irrelevant, wie dieser beherrschende Einfluss vermittelt wird, wenn die Beherrschungsmöglichkeit tatsächlich besteht.

Bei der Möglichkeit der Einflussnahme ist weiters zwischen AG und GmbH zu unterscheiden: Bei der AG wird eine solche Abhängigkeit jedenfalls vermutet, wenn das herrschende Unternehmen auf Grund seiner Stimmenmehrheit den Aufsichtsrat (und somit auch den Vorstand) entscheidend beeinflussen kann. Bei der GmbH kommt es neben den Stimmenverhältnissen auch auf die Satzung der Gesellschaft an, zB ist ein beherrschender Einfluss zu bejahen, wenn das herrschende Unternehmen auf Grund der Satzung ein Sonderrecht auf die Bestellung des Geschäftsführers innehat.⁵⁵ Diese Beherrschung kann nach dem Wortlaut des Abs 2 auch mittelbar sein, dh auch durch mehrstufige Unternehmensverbindungen vermittelt werden.

Es ist letzten Endes – wie bereits im Rahmen des Abs 1 festgestellt – auch hinsichtlich der Bestimmung des § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG durchaus schwierig, konkret Abgrenzungen zu ziehen, was auch hier zu Rechtsunsicherheiten führen kann. Zusammenfassend lässt sich der beherrschende Einfluss als eine „potentielle Konzernierung“ feststellen, also durch die Möglichkeit der Beherrschung, im Gegensatz zur einheitlichen Leitung gemäß Abs 1, welche eine tatsächlich ausgeübte Einflussnahme voraussetzt.⁵⁶ Doch wie bereits angeführt, sind die Grenzen zwischen den zwei Absätzen nicht immer klar definiert und teilweise auch fließend, weshalb man sich zur genaueren Abgrenzung des deutschen Rechts bedient. Eingehend wird diese Unterscheidung zwischen

⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 12 mwN; weiters *Koppensteiner*, Bankenaufsicht und Unternehmensverbindung (1991) 71 f.

⁵⁵ Dazu ausführlich: *Koppensteiner*, Bankenaufsicht, 70 f.

⁵⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 9, der sich hierbei insbesondere auf *sich selbst*, Bankenaufsicht, 65 f beruft; weiters *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 263 ff.

bloßer Möglichkeit und tatsächlicher Ausübung des beherrschenden Einflusses auch im Rahmen des Zusammenschlussrechts im 2. Kapitel und des Kartellverbots im 3. Kapitel behandelt, zumal dies – wie bereits angedeutet – eine der Kernproblematiken der Konzernprivilegien darstellt.

B. Die Lösung des (scheinbaren) Widerspruchs zwischen den Konzepten „einheitliche Leitung“ und „beherrschender Einfluss“ mit Hilfe der Vermutungen des dAktG

Zur Lösung des vermeintlichen Widerspruchs zwischen den zwei Absätzen der gesellschaftsrechtlichen Konzerndefinition wird va das deutsche Aktienrecht herangezogen, welches – neben der oben in A.III angeführten Unterscheidung zwischen Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern – auch klarer als das österreichische Recht zwischen beherrschendem Einfluss und einheitlicher Leitung unterscheidet. Dabei bedient sich das dAktG im Wesentlichen zweier Vermutungen.

I. *Die Abhängigkeitsvermutung nach § 17 Abs 2 dAktG*

§ 17 Abs 2 dAktG normiert zunächst, dass im Falle einer Mehrheitsbeteiligung eines Unternehmens an einem anderen die Abhängigkeit (widerlegbar) vermutet wird. Auch ohne ausdrückliche Gesetzesregelung wird im Rahmen der Konzerndefinition nach § 15 AktG und § 115 GmbHG die Vermutung nach § 17 Abs 2 dAktG in Österreich angewendet.⁵⁷ Dies wird teilweise damit begründet, dass der Mehrheitseigentümer einerseits bei der AG die Möglichkeit hat, die Person seiner Wahl in den Aufsichtsrat zu entsenden. Umso mehr kann andererseits der Mehrheitseigentümer bei der GmbH über die personelle Zusammensetzung der Geschäftsführung und sogar über den Inhalt der Geschäftsführungstätigkeit durch Gesellschafterbeschlüsse nach § 20 Abs 1 GmbHG entscheiden und bestimmen.⁵⁸ Damit wird wohl zu Recht auch im österreichischen Recht im Falle einer Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses mangels Gegenbeweis anzunehmen sein.

Bei Vorliegen der Mehrheitsbeteiligung trägt demnach auch in Österreich jener die Beweislast, der die Abhängigkeit bestreiten will.⁵⁹ Dabei müssen konkrete Umstände vorgebracht und bewiesen werden, weshalb es dem Mehrheitseigentümer auf Grund

⁵⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 13.

⁵⁸ So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 9; *Schima* in FS Doralt, 577.

⁵⁹ OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141); weiters *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 13; *Koppensteiner*, Bankenaufsicht, 79 f; *derselbe*, Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, wbl 2005, 293 f; *Schima* in FS Doralt, 577 mwN.

besonderer Umstände an einer Personalhoheit fehle. Das bedeutet, dass es ihm unmöglich sein muss, die Besetzung der Organe der nachgeordneten Unternehmen mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen.⁶⁰ Dies sei insbesondere auf Grund des Nachweises eines „Entherrschungsvertrages“ möglich, in dem sich das mehrheitsbeteiligte Unternehmen verpflichtet, von seinen Stimmrechten insofern nicht Gebrauch zu machen, dass von einem beherrschenden Einfluss nicht mehr die Rede sein kann.⁶¹ Bei einer 100-prozentigen Beteiligung müsse man jedoch die Möglichkeit eines solchen Entherrschungsvertrages ausschließen, weil niemand anderer die Stimmrechte ausüben könnte, weshalb auch eine Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung regelmäßig unmöglich sei.⁶² Dem ist allgemein beizupflichten. Zumindest der beherrschende Einfluss (unabhängig wie dies bei der Konzernvermutung nach § 18 Abs 1 S 3 dAktG zu beurteilen wäre) ist bei einer 100-prozentigen Beteiligung wohl zweifelsohne vorhanden. Auch die Beweislastumkehr im Falle einer (einfachen) Mehrheitsbeteiligung ist im österreichischen Recht begrüßenswert. So erspart man sich teils mühselige Beweisverfahren, die anderenfalls den Prozess in die Länge ziehen würden, um regelmäßig evidente Schlüsse ziehen zu können.

II. Die Konzernvermutung nach § 18 Abs 1 S 3 dAktG

Im deutschen Recht wird gemäß § 18 Abs 1 S 3 dAktG weiters vermutet, dass wenn ein Unternehmen von einem anderen abhängig ist, beide einen Konzern bilden (sog. „Konzernvermutung“).⁶³ Dies ist freilich nur dann zu prüfen, wenn nicht schon nach § 17 Abs 2 dAktG widerlegt werden konnte, dass es trotz Mehrheitsbeteiligung an einer Abhängigkeit fehlt (zu den Widerlegungen, s unten, Punkt B.III.).

Fraglich ist, ob sich diese Vermutung auch in Österreich anwenden lässt. Im Wege der Anwendung dieser Vermutung auf § 15 AktG und § 115 GmbHG will beispielsweise *Doralt* den bereits mehrfach festgestellten scheinbaren Widerspruch zwischen einheitlicher Leitung (Abs 1) und beherrschendem Einfluss (Abs 2) lösen.⁶⁴ Auch *Koppensteiner* spricht sich für eine analoge Anwendung dieser Vermutung auf das österreichische Recht aus.⁶⁵ Laut ihm umfasst Abs 1 alle Konzerne (sowohl Gleich- als auch Unterordnungskonzerne). Abs 2 stelle auf Grund des Wortlauts „gelten“ (im Gegensatz zu „sind“ und „bilden“ in Abs 1) lediglich die widerlegbare Vermutung auf, dass ein beherrschtes Unternehmen mit dem

⁶⁰ *Schima* in FS Doralt, 577.

⁶¹ *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁵, § 17 Rn 39, 42 ff mwN.

⁶² So *Schima* in FS Doralt, 577.

⁶³ Vgl zB *Fett* in *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, § 18 Rn 14 f.

⁶⁴ *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 13.

⁶⁵ *Koppensteiner*, Aspekte „verbundener Unternehmen“ im österreichischen Recht in *Foster*, Aktien- und Bilanzrecht - Festschrift für Bruno Kropff (1997) 162 mwN.

beherrschenden einen Konzern bildet. Jener, der die Konzernvermutung auf Grund des beherrschenden Einflusses gemäß Abs 2 nicht gegen sich gelten lassen wolle (maW die Konzernleitung), hätte zu beweisen, dass der beherrschende Einfluss tatsächlich nicht ausgeübt werde, wodurch auch Abs 1 nicht erfüllt wäre und kein Konzern bestehe. *Krejci* bietet einen ähnlichen Ansatz: Er tritt laut eigenen Angaben für eine „vermittelnde“ Lösung ein: „*Je intensiver, ja obsessiver das Beherrschungsverhältnis ist, desto weniger wird es gelingen, das Fehlen einer einheitlichen Leitung nachzuweisen.*“⁶⁶ Die Möglichkeit der Fremdbestimmung indiziere laut ihm ihre tatsächliche Ausübung. Dies ist jedenfalls angesichts des § 18 Abs 1 S 3 dAktG vertretbar, denn dieser stellt im Falle eines Beherrschungsvertrages oder einer Eingliederung eine unwiderlegliche Konzernvermutung auf, anderenfalls ist sie widerlegbar. Im Gegensatz zur begrüßenswerten analogen Anwendung der Konzernvermutung nach § 18 Abs 1 S 3 dAktG auf die gesellschaftsrechtliche Konzerndefinition in Österreich, kann jedoch bezweifelt werden, ob nicht auch im Falle eines Beherrschungsvertrags eine Widerlegung der Konzerneigenschaft möglich sein soll, wenn zB davon nie Gebrauch gemacht wird und der Tochtergesellschaft tatsächlich freie Hand gelassen wird. Diese Art von Beweisfragen sollte mE gänzlich dem im Einzelfall prüfenden zuständigen Gericht überlassen werden.

III. Der Zweck und die Widerlegbarkeit der Abhängigkeits- und Konzernvermutung

Wie die Widerlegung beider Vermutungen im Einzelnen auszusehen hat, ist nicht völlig geklärt: Grundsätzlich müsse dafür vorgebracht und bewiesen werden, dass die Voraussetzungen für das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses bei der Abhängigkeitsvermutung und einer einheitlichen Leitung bei der Konzernvermutung nicht vorliegen. Dies kann sich jedoch in der Praxis sehr schwierig gestalten.⁶⁷ Deshalb könne man es beispielsweise schon als ausreichend ansehen, Umstände darzutun, die die finanzielle Unabhängigkeit des Unternehmens prima facie beweisen würden.⁶⁸ Teilweise strengere Maßstäbe ergeben sich aus der Lit zu § 17 Abs 2 dAktG, wo beispielsweise der Beweis tatsächlicher Verhältnisse für die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung als ungenügend angesehen werden, weil damit zwar die Konzernvermutung widerlegt wäre, dies aber eine Beherrschungsmöglichkeit nicht ausschließt.⁶⁹ Dem ist bedenkenlos beizupflichten, weil die Beherrschungsmöglichkeit eine abgeschwächte Form der tatsächlichen Ausübung der Kontrollmöglichkeiten darstellt und logischerweise ein Größenschluss in diese Richtung

⁶⁶ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 250, 265 f.

⁶⁷ *Schima* in FS Doralt, 578 mwN

⁶⁸ *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 45.

⁶⁹ So *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht⁵, § 17 Rn 85 mwN.

unmöglich wäre. Allerdings würde umgekehrt der Beweis, dass keine Beherrschungsmöglichkeit vorhanden ist, automatisch auch die Konzernvermutung widerlegen, denn wo keine Möglichkeit besteht, kann naturgemäß auch keine Ausübung stattfinden.

Um die Widerlegbarkeit der Vermutungen, insbesondere im Lichte des Wettbewerbsrechts, sinngemäß erläutern zu können, muss ihr Zweck hinterfragt werden. Die dargelegten Vermutungen begründet *Schima*⁷⁰ einerseits damit, dass der Konzern als vorrangig betriebswirtschaftliches Phänomen durch Außenstehende weitgehend schwierig abzugrenzen ist, weshalb die Vermutungen Abhilfe schaffen sollen. So fällt es freilich leichter, das Vorhandensein von Vereinbarungen oder Beteiligungsmehrheiten nachzuweisen, welche eine Abhängigkeit implizieren, als die tatsächliche Ausübung einer einheitlichen Leitung, welche sich auf Grund ihrer vielen Erscheinungsformen für einen Außenstehenden kaum nachweisen lässt. Daher obliege es den verbundenen Unternehmen in diesem Fall selbst, ihre Konzerneigenschaft zu widerlegen. Auf der anderen Seite ginge es laut *Schima* im Konzernrecht mehrheitlich um den Schutz vor einem „potentiell gefährlichen Gebilde“, in dem der Konzern Geboten, Verboten und Beschränkungen unterliegt (so zB die Pflicht zu einem erweiterten Betriebsrat im ArbVG), weshalb auch in diesem Rahmen die oftmals „schwächeren“ Kontrahenten (zB Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer) als schutzwürdiger empfunden werden und durch diese Vermutungen bevorteilt werden sollen.

Zwar steht im Gegensatz dazu im Wettbewerbsrecht der Schutz des Marktes im Vordergrund, allerdings sind auch dort oft Konzerne und große Unternehmen jene, vor denen die einschlägigen Bestimmungen schützen sollen. Ziel des Wettbewerbs ist insbesondere, die Mehrzahl unabhängiger Entscheidungsträger aufrechtzuerhalten und damit die Auswahlmöglichkeiten der Marktgegenseite zu schützen.⁷¹ Nicht Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer sind dort die „Schutzwürdigen“, sondern die Mitbewerber sowie die Verbraucher. Somit lassen sich auf Grund der Schutzzwecke bereits hinsichtlich der Vermutungen Parallelen zwischen Gesellschaftsrecht und Wettbewerbsrecht erkennen.

Es stellt sich daher va die Frage, wie die Widerlegungsproblematik der Konzernvermutungen in jenen Fällen beurteilt wird, in denen Konzerne durch das Gesetz nicht beschränkt, sondern im Gegenteil privilegiert werden sollen, denn in einer solchen Situation würden die Betroffenen selbst die Konzernvermutungen nicht zu ihrem Nachteil

⁷⁰ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 238 ff; *Schima* in FS Doralt, 581.

⁷¹ Vgl auch *Fleischer*, Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot, AG 1997, 495 mwN; ausführlich zu den wirtschaftlichen Aspekten des Wettbewerbs: *Neef*, Kartellrecht (2008) Rn 2 ff; *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung⁸ (2005) 1 ff.

entkräften wollen. Solche Konzernprivilegien gibt es nicht nur im Kartell- und Zusammenschlussrecht: Andere Beispiele wären § 1 Abs 2 Z 5 AÜG⁷² oder § 39 Abs 2 Z 2 GewO. Bei diesen Regelungen ist es jeweils für die Konzernunternehmen von Vorteil, wenn sie als solche gelten und im Interesse der Kontrahenten, die Konzerneigenschaft zu widerlegen. Hier wäre es durchaus denkbar, dass sich die betroffenen Unternehmen grundsätzlich auf die Konzernvermutung berufen könnten, falls sie jedoch bestritten wird, das Vorhandensein einer einheitlichen Leitung nachweisen müssten. *Schima*⁷³ lässt diese Frage weitgehend offen, führt jedoch an, „dass die wohl fundamentalste Beweislastregel lautet, dass jedermann das Vorliegen der Voraussetzungen der ihm günstigeren Rechtsnorm nachweisen muss“. Dies sei laut ihm „im konkreten Einzelfall“ zu prüfen und es sei beispielsweise im Falle des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG zu verneinen, dass die betroffenen Unternehmen die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung zu beweisen hätten.

Dem kann jedoch insgesamt nicht zugestimmt werden, denn es kann nicht auf den „konkreten Fall“ ankommen, welche Beweislastregel nun angewendet wird. Dies würde mE die Rechtssicherheit konterkarieren, zumal es sich bei Beweislastregeln um allgemeine Grundsätze handelt, die als solche bei der Prüfung des Einzelfalles nicht variieren dürfen. Der Beweislastregel müssen für den Normadressaten vorhersehbare und nachvollziehbare Voraussetzungen zu Grunde gelegt werden. *Schima* wollte hier durch die – wie gerade angeführt kaum plausible – Abstimmung auf den Einzelfall eine Art Kompromiss schaffen. Dieser muss jedoch anders erreicht werden. Denkbar wäre zB eine schwächere Abstufung der Beweislast, zB die bloße Glaubhaftmachung, dass letzten Endes im konkreten Fall die Abhängigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit mündet. Grundsätzlich müssen die Konzernprivilegien jedoch konsequenterweise auch in den Fällen anwendbar sein, in denen sie für den Konzern von Vorteil wären („guter Tropfen – böser Tropfen“), denn sonst würde eine Zweiteilung zum Ergebnis führen, dass der Unternehmensverbund manchen gegenüber als Konzern gilt, anderen gegenüber nicht.

Schlussendlich lässt sich – bejaht man wie die hM die Anwendung der Abhängigkeits- und Konzernvermutung im österreichischen Gesellschaftsrecht – aus dem Gesagten leiten, dass im Falle einer Mehrheitsbeteiligung über mehrere „Etappen“ das Vorhandensein eines Konzerns vermutet wird bzw widerlegt werden kann.⁷⁴ Dies kann eben auf zwei unterschiedlichen Stufen geschehen, nämlich einerseits durch die Widerlegung der Abhängigkeit trotz Mehrheitsbeteiligung oder durch die Widerlegung der einheitlichen Leitung

⁷² Weiterführend *Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114 ff.

⁷³ *Schima* in FS Doralt, 583.

⁷⁴ *Schima* in FS Doralt, 579; weiters *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rn 17.

trotz Abhängigkeit. Der OGH hat sich in seiner *Postbus*-Entscheidung⁷⁵ aus kartellrechtlicher Sicht dieser Problematik genähert, die angeschnittenen Fragen jedoch nicht restlos geklärt (s dazu ausführlich, 2. Kapitel unter Punkt F.I).⁷⁶

C. Der Konzern im Konzern und das Gemeinschaftsunternehmen

I. *Die Möglichkeit eines „Konzerns im Konzern“*

Fraglich ist darüber hinaus, ob ein „Konzern im Konzern“ im Rahmen des Gesellschaftsrechts denkbar wäre. Zur Bildung eines solchen würde es kommen, wenn auf einer nachgeordneten Konzernebene wesentliche Entscheidungen getroffen werden bzw die Befugnis dazu von der Obergesellschaft delegiert wird. Ein Konzern im Konzern ist im deutschen Mitbestimmungsrecht anerkannt.⁷⁷ Im Gesellschaftsrecht wäre ein Konzern im Konzern nur dann anzunehmen, wenn sich die einheitliche Leitung auf verschiedene unternehmerische Bereiche erstrecken könnte (zB wird ein bestimmter Leitungsbereich zwischen Mutter und Tochter, ein anderer zwischen Tochter und Enkel koordiniert). Dies verneint *Koppensteiner*⁷⁸ grundsätzlich, weil für ihn jedenfalls der finanzielle Bereich für die einheitliche Leitung eine *conditio sine qua non* darstellt (s dazu oben, unter Punkt A.IV.c). Es könne daher in diesen Fällen immer nur ein Konzern existieren. Ist man anderer Ansicht und setzt die Einflussnahme in den finanziellen Bereich nicht als begriffsnotwendig voraus, so kann man jedenfalls zum Schluss gelangen, dass in einem Konzern untergeordnete Unternehmen unter sich für die jeweiligen Teilbereiche eigene Konzerne bilden könnten.

Wie auch im Rahmen des Konzernprivilegs im Zusammenschlussrecht (s 2. Kapitel) und nach Art 101 Abs 1 AEUV zu sehen sein wird (s 3. Kapitel), wird insbesondere seitens der Lit mE zu Recht das Vorhandensein mehrerer wirtschaftlicher Einheiten innerhalb eines Konzerns verneint. Dies scheint bereits aus logischen Gründen geboten, denn eine wirtschaftliche Einheit bzw die gleichzusetzende einheitliche Leitung kann wohl kaum von der Kontrolle mehrerer nicht in einem Konzern zusammengefasster Muttergesellschaften ausgehen. Wie bereits angeführt, sollte es sich bei einer einheitlichen Leitung richtigerweise um eine Gesamtschau an Befugnissen handeln (s dazu oben, unter Punkt A.IV.c), welche jeweils nur durch eine „Einheit“ ausgeübt werden kann. Im Ergebnis ist daher auch *Koppensteiners* Ansicht beizupflichten, zumal mE – wie im Anschluss genauer dargestellt wird – der finanzielle Bereich ohnedies zum Mindesterfordernis einer jeden einheitlichen

⁷⁵ OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

⁷⁶ Weiterführend *Ellerich*, Zur Widerlegung der aktienrechtlichen Konzernvermutung (§18 Abs. 1 Satz 3 AktG) durch den Bund, DB 1980, 1973 ff.

⁷⁷ *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar*³ VI, § 18 Rn 31 mwN.

⁷⁸ *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar*³ VI, § 18 Rn 31ff.

Leitung gehören muss. Im Rahmen der dargestellten Gesamtschau bleibt dann zu beurteilen, ob auch in anderen Bereichen der ausgeübte Einfluss genügt, um von einer solchen wirtschaftlichen Einheit sprechen zu können. Mehrere wirtschaftliche Einheiten innerhalb eines Konzerns scheinen daher auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

Somit kann auch festgestellt werden, dass sich die einheitliche Leitung nach § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG vom beherrschenden Einfluss iSd § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG nicht bloß durch die tatsächliche Ausübung der Leitungsmacht unterscheidet, sondern regelmäßig auch durch die Anzahl der möglichen „einheitlich leitenden“ Unternehmen. Können mehrere Unternehmen an einer Tochtergesellschaft Beherrschungsmöglichkeiten haben, so kann dagegen nur ein einheitliches Unternehmen diese Tochtergesellschaft auch tatsächlich leiten. Bei einem Gemeinschaftsunternehmen kann höchstens fingiert werden, dass eine Kooperation zwischen den Müttern das Unternehmen „einheitlich“ leitet. Diesfalls geht schlussendlich die einheitliche Leitung durch die Koordinierung der Mütter aus, wobei keines der leitenden Unternehmen alleine eine einheitliche Leitung ausübt. Fraglich ist daher die Annahme eines Konzernverhältnisses bei Gemeinschaftsunternehmen, zumal in diesem Fall mangels Konzernverhältnis zwischen den Muttergesellschaften insgesamt wohl nicht von einem Konzern die Rede sein kann.

II. Die Problematik des Gemeinschaftsunternehmens

Wenn die herrschenden Unternehmen ihre Einflussmöglichkeiten koordiniert wahrnehmen, sei im deutschen und im österreichischen von einem Gemeinschaftsunternehmen die Rede, so unter anderem *Koppensteiner*.⁷⁹ Es käme insbesondere nicht darauf an, dass eines der Mutterunternehmen für sich allein auf das Gemeinschaftsunternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben müsse. Ausschlaggebend sei nur die Ausübung des koordiniert beherrschenden Einflusses. Grundlagen dieser Koordinierung sind entsprechende vertragliche Vereinbarungen zwischen den Partnern (insbesondere deren Festlegung im Gesellschaftsvertrag des Gemeinschaftsunternehmens). Denkbar wäre aber auch die Errichtung einer gemeinsamen Holding, die das Gemeinschaftsunternehmen leiten würde.⁸⁰

Unionsrechtlich gesehen ist immer schon dann von einem Gemeinschaftsunternehmen auszugehen, wenn ein Unternehmen von mehr als einem

⁷⁹ *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 34 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 115 Rn 11, 16.

⁸⁰ *Koppensteiner* in Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 36.

anderen Unternehmen kontrolliert wird,⁸¹ unabhängig davon, ob zwischen den beherrschenden Unternehmen eine diesbezügliche Vereinbarung besteht (näheres dazu insbesondere im 2. Kapitel, B.IV. und C.). Dabei ist zunächst festzuhalten, dass der Begriff „Gemeinschaftsunternehmen“ eher als „Erscheinung der Rechtswirklichkeit“⁸² aufgefasst wird, als es ein Konstrukt rechtlicher Überlegungen ist. So wäre zB laut *Buntschek* in den Wirtschaftswissenschaften darunter jede Zusammenarbeit rechtlich selbständig bleibender Unternehmen als „Joint-venture“ bzw als „Gemeinschaftsunternehmen“ zu verstehen, wohingegen sich im rechtlichen Sinn diese Zusammenarbeit in einem eigenständigen Unternehmen niederschlagen müsse.⁸³

Unabhängig davon, ob man für das Vorhandensein eines Gemeinschaftsunternehmens ein gewisses Maß an Koordinierung verlangt oder nicht, von einem „Gesamtkonzern“ kann dabei auf keinen Fall die Rede sein. Zwar kann – wie erwähnt – das Tochterunternehmen in einem Konzernverhältnis zu mehreren Müttern stehen (mMn eher zutreffend im Konzernverhältnis zur „Koordinierung“ zwischen den Müttern), mehrere Mutterunternehmen können aber keinesfalls zur gleichen Zeit separat diese einheitliche Leitung ausüben. Dieses etwas verwirrende Konstrukt führt insbesondere im Zusammenschlussrecht zu komplexen Problemen, welche sich unter Umständen auf Grund der Fiktion lösen lassen können, dass die „Kooperation“ zwischen den Müttern das Gemeinschaftsunternehmen einheitlich leitet (dazu eingehend, s 2. Kapitel unter Punkt C.).

D. Zwischenergebnis des 1. Kapitels

Zusammenfassend bleibt für dieses Kapitel zu sagen, dass das im Vergleich zu Deutschland „unterentwickelte“ Konzernrecht in Österreich⁸⁴ zwar seit der Einführung des § 15 in das AktG (1966) und jene des § 115 in das GmbHG (1991) va durch die Lehre zahlreiche Ergänzungen erfahren hat, es jedoch insgesamt auf Grund der vielen Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten noch sehr lückenhaft ist. Da allerdings – selbst mit Einberechnung der Verweise – relativ wenige Rechtsfolgenanordnungen an den Konzernbegriff gebunden sind, hält sich die praktische Relevanz dieser Schwierigkeiten in Grenzen.⁸⁵ Andererseits ergeben sich in jenen Bereichen, in denen doch auf den Konzernbegriff verwiesen wird oder zumindest das Phänomen des Konzerns betroffen ist,

⁸¹ So *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I (2007) Art 3 FKVO Rn 90.

⁸² Ähnlich auch *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (2002) 22 mwN.

⁸³ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 23 mwN.

⁸⁴ *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 242 mwN.

⁸⁵ So auch *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I, § 15 Rn 8 mwN; weiters *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 251.

größere Auslegungsschwierigkeiten, wie dies insbesondere auch im Rahmen des Zusammenschlussesrechts in Verbindung mit § 7 Abs 4 KartG zu sehen sein wird.

Zentral erscheint bereits im Gesellschaftsrecht das ambivalente Verhältnis zwischen einheitlicher Leitung und beherrschendem Einfluss, welches sich insbesondere auch im Rahmen der Konzernprivilegien im Kartell- und Zusammenschlussesrecht niederschlägt. Aus den dargestellten Lehrmeinungen geht auch heraus, dass es zwischen diesen zwei Konzepten wohl nur einen großen Unterschied gibt: Beim beherrschenden Einfluss nach § 15 AktG Abs 2 und § 115 Abs 2 GmbHG geht es um die bloße Beherrschungsmöglichkeit (maW die potentielle Konzernierung), wohingegen § 15 AktG Abs 1 und § 115 Abs 1 GmbHG die tatsächliche Ausübung dieser Beherrschungsmöglichkeiten verlangen.

Schlussendlich muss man sich aber fragen, ob die Regelungen den eigentlichen Zwecken des Konzernrechts entsprechen. Sinn und Zweck eines Konzerns ist ja vordergründig die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einer mehr oder minder einheitlichen Leitung und unter Beibehaltung der rechtlichen und organisatorischen Flexibilität, wie dies im Falle einer Fusion nicht möglich wäre.⁸⁶ Andererseits soll das Konzernrecht insbesondere aus Zwecken des Minderheiten- und Gläubigerschutzes der Abwehr vor einer Ausbeutung der beherrschenden Gesellschaft dienen. Bereits die oben angesprochene Kluft zwischen Wirtschaftsleben und den gesetzlichen Regelungen mit den Problemen, welche mit § 15 AktG und § 115 GmbHG einhergehen, lassen Novellierungen und Klarstellungen im Wege einer Reform, wie sie beispielsweise 1965 in Deutschland erfolgten und sie auch *Krejci* in seinem Gutachten „Partnerschaft, Verein, Konzern“ aus 1988 schon pointiert anregte, erstrebenswert erscheinen. Andererseits stellt sich dabei wohl berechtigterweise die Frage, ob sich durch die Schaffung eines solchen eingehenderen Konzernrechts wirklich Lösungen herausleiten ließen oder ob sich die Problemstellungen nicht bloß von der Rsp und der Lit auf die Gesetzesinterpretation verlagern würden.

Umso mehr stellt sich die Frage, ob die Definitionen der Beherrschung und des Konzerns im Gesellschaftsrecht auf das Kartell- und Zusammenschlussesrecht zugeschnitten sind. Dort stehen insbesondere nicht Minderheiten- und Gläubigerschutz im Vordergrund, sondern wettbewerbsrechtliche Zwecke. Der richtige Ansatz ist jedenfalls, die wettbewerbsrechtlichen Zwecke niemals aus den Augen zu verlieren, selbst wenn man sich der gesellschaftsrechtlichen Definitionen bedient. Daher ist es insbesondere sinnvoll, sich mit der unionsrechtlichen Definition von „Kontrolle“ und „wirtschaftlicher Einheit“ auseinanderzusetzen, um letzten Endes die für das Wettbewerbsrecht relevanten Unterscheidungen zum Gesellschaftsrecht herauszuarbeiten und sie im Rahmen des

⁸⁶ So auch *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 233 ff.

Konzernprivilegs anwenden zu können. Sohin bietet sich ein Blick auf das Unionsrecht an, in welchem im Rahmen der „Kontrolle“ nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO auch ein bewegliches System entwickelt wurde (s dazu eingehender, 2. Kapitel unter Punkt B,). Es ist dabei stets der Unterschied zwischen beherrschendem Einfluss, welcher der „Kontrolle“ iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO nahe kommt, und einheitlicher Leitung im österreichischen Gesellschaftsrecht im Auge zu behalten. Allerdings bietet speziell die unionsrechtliche Jud viele Interpretationsgrundlagen zu den verschiedenen Beherrschungsformen, welche auch im österreichischen Recht herangezogen werden können.

2. Kapitel: Das Konzernprivileg im Rahmen des Zusammenschlusskontrollrechts

Die Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle (im nationalen Recht sowie die teilweise anderslautenden EU-Bestimmungen) stellen eine relativ komplexe Materie dar, die allerdings eine bedeutsame Rolle für Unternehmen und insbesondere Konzerne spielt. Erwerben beispielsweise Großunternehmen aneinander Anteile oder fusionieren sie miteinander und melden sie jeweils den Vorgang dabei nicht bei den zuständigen Behörden als Zusammenschluss an, so kann dies schwerwiegende Konsequenzen – von Geldbußen bishin zur Nichtigkeit des Zusammenschlusses – mit sich ziehen. Daher sind die Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle bei jedem derartigen Vorhaben eingehend zu prüfen. Eine besondere Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch der Konzern, einerseits weil ab einer gewissen Unternehmensgröße Konzernverhältnisse der Regelfall sind und andererseits weil sich im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle für Konzernunternehmen oftmals Besonderheiten gegenüber Einzelunternehmen ergeben. Dieses Kapitel befasst sich in diesem Sinne va damit, wie Unternehmensverbindungen im Rahmen eines Zusammenschlusses zu behandeln sind, wobei hier insbesondere das Konzernprivileg eine tragende Rolle spielt. Dabei werden mitunter das nationale mit dem EU-Recht verglichen sowie im Einzelnen die praktischen Unterschiede herausgearbeitet.

Auf Grund der Komplexität der Materie scheint es ratsam, zunächst die verschiedenen Zusammenschlusstatbestände zu analysieren, um sich in weiterer Folge mit den wesentlichen Entscheidungen zum Konzernprivileg zu beschäftigen. Zunächst wird versucht, einen Überblick über die Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle nach österreichischem (§ 7 ff KartG), nach deutschem (§ 35 ff GWB) und nach EU-Recht (FKVO) zu gewinnen. Der kurze Blick auf das deutsche Wettbewerbsrecht scheint insbesondere deswegen geboten, weil der OGH in seinen Entscheidungen zum Konzernprivileg auf das GWB verwiesen hat und nicht zuletzt, weil auch in der Lit sowohl das EU-Recht als auch das österreichische Recht oftmals mit dem deutschen Recht verglichen werden. In weiterer Folge wird auf den Beherrschungsbegriff iSd FKVO eingegangen, um sich schlussendlich dem Konzernprivileg im österreichischen und unionsrechtlichen Zusammenschlussrecht zu widmen.

A. Allgemeines zu den Zusammenschlusskontrollbestimmungen im österreichischen und deutschen Recht

Wie im Kartellrecht i.e.S. (Kartellverbot und Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) bestehen neben dem nationalen Zusammenschlussrecht auch unionsrechtliche Bestimmungen. Die Bestimmungen der §§ 7 ff KartG kommen jedoch nur zur Anwendung, wenn die in Frage stehende Transaktion nicht als Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung der FKVO unterliegt, anderenfalls die Zuständigkeit der nationalen Behörden entfällt (sog. „One-Stop-Shop-Prinzip“).⁸⁷ In diesem Abschnitt werden überblicksweise die Tatbestände der Zusammenschlusskontrolle nach österreichischem und deutschem Recht aufgezeigt, um sie in weiterer Folge unter dem Blickwinkel des Konzerns und der verschiedenen Einflussmöglichkeiten zu betrachten. Dies ist für das Verständnis aller konzernbezogenen Ausnahmen grundlegend, weil die Begriffe des beherrschenden bzw. bestimmenden Einflusses und der Kontrolle dabei stets eine wesentliche Rolle spielen. Bewusst ausgelassen werden dabei spezielle Tatbestände für Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen udgl, um sich dafür eingehender mit den Grundtatbeständen zu beschäftigen.

I. *Der Grundtatbestand im österreichischen Recht*

Zunächst muss es sich nach österreichischem Recht bei dem Vorhaben um einen Zusammenschluss nach § 7 Abs 1 bis 3 KartG handeln. Eine Sonderregelung für Medienzusammenschlüsse befindet sich in § 8 KartG. Liegt ein Zusammenschluss vor, so ist dieser nur anzumelden, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen des § 9 KartG erreichen. Diese Bestimmung ist allerdings in Verbindung mit § 22 KartG zu lesen, der wiederum statuiert, dass auch die gemäß § 7 KartG mit den jeweils beteiligten Unternehmen verbundenen Unternehmen in die Umsatzerlösberechnung miteinzubeziehen sind (dazu mehr in E.). Die §§ 10 ff KartG regeln in weiterer Folge den Verfahrensablauf von der Zusammenschlussanmeldung bis zur kartellgerichtlichen Entscheidung.

Die Grundtatbestände des Zusammenschlussrechts nach § 7 Abs 1 und 2 KartG lauten wie folgt:

„§ 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,

⁸⁷ Näheres dazu, s. *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar (2007) 125; vgl. weiters *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National (2007) 201.

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.

(2) Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschafts-unternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.“

Diese Bestimmung lässt – ob ihrer Länge – viel Raum für Interpretation. Um nicht auszuschweifen (denn alleine diese Bestimmung bietet Stoff für zumindest eine Dissertation), werden im Rahmen dieser Arbeit va die Problemstellungen aufgezeigt und analysiert, die sich speziell im Hinblick auf den Konzern ergeben können.

Die konzernrechtlich relevantesten oder zumindest erklärungsbedürftigsten Tatbestände sind die Z 3 (Anteilserwerb) und die Z 5 (Auffangtatbestand des beherrschenden Einflusses), welche in der Folge eingehender analysiert werden (s dazu unten, unter Punkt D.).

II. Der Grundtatbestand im deutschen GWB

Auch die Zusammenschlusstatbestände im deutschen Recht sind für das weitere Verständnis der anderen Rechtsordnungen und als Interpretationsgrundlage hilfreich. Einer der grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem österreichischen Recht ist die va durch die Lehre und Rsp vorgenommene Differenzierung zwischen Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern im deutschen Recht, welche im österreichischen – wie schon im 1. Kapitel in A.III. dargestellt wurde – nicht angewendet wird. Diese zusätzliche Unterscheidung wirkt sich auch auf die Betrachtung des Konzernprivilegs, insbesondere im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen, aus und schafft zum Teil auch neue Probleme. Diese Frage wird im Rahmen dieser Arbeit ausgeklammert, weil sie zu sehr vom eigentlichen Thema abkommen würde.

Die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs 1 und 2 GWB lauten:

„§ 37. (1) Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

1. Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;

2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch

a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,

b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren;

3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen

a) 50 vom Hundert oder

b) 25 vom Hundert

des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;

4. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

(2) Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.“

Mit diesen Grundtatbeständen der Zusammenschlusskontrolle wurde auch im deutschen GWB davon abgesehen, auf eine einheitliche Leitung abzustellen, um bereits bei der bloßen Kontrollmöglichkeit anzusetzen. So wurde die Kontrolle iSd § 37 Abs 1 Z 2 GWB, welche sich am unionsrechtlichen Kontrollbegriff nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO orientiert, aus Gründen der „Flexibilität“ eingeführt.⁸⁸ Dabei werden im GWB beispielhaft Eigentums- und Nutzungsrechte sowie andere einflussvermittelnden Rechte und Verträge – die auch wörtlich mit Art 3 Abs 3 FKVO übereinstimmen – als Beispiele genannt (arg. „insbesondere“). Daher soll auch das EU-Recht weitgehend als Interpretationsgrundlage für diese Bestimmung dienen.⁸⁹ Die Beibehaltung der anderen Tatbestände neben dem Kontrollerwerb (im Gegensatz zur FKVO) wurde mit dem Zweck der Rechtssicherheit begründet.⁹⁰ So sind zB wie im österreichischen Recht die Fälle eines 25- und 50-prozentigen Anteilerwerbs ein weiterer Zusammenschlusstatbestand. Schlussendlich bietet auch das deutsche GWB in Z 4 eine Art Auffangtatbestand, welcher die Möglichkeit der Ausübung eines erheblichen Einflusses vorsieht.⁹¹

Interessant ist hierbei vor allem, dass die Zusammenschlusstatbestände des GWB insgesamt eine Mischung zwischen der FKVO und der österreichischen Bestimmung des § 7 KartG darstellen. Weiters ist auf dem ersten Blick fraglich, inwiefern sich die „Kontrolle“ nach § 37 Abs 1 Z 2 GWB vom „erheblichen Einfluss“ nach dem Auffangtatbestand des § 37 Abs 1 Z 4 GWB unterscheidet. Dass neben dem aus dem EU-Recht übernommenen Tatbestand des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs 1 Z 2 GWB die anderen Tatbestände aus Gründen der Rechtssicherheit beibehalten wurden, wurde bereits dargestellt. So stammt auch der Auffangtatbestand des § 37 Abs 1 Z 4 GWB von älteren Fassungen des GWB⁹² und wirkt auf den ersten Blick etwas redundant. Tatsächlich scheint der Anwendungsbereich durch die anderen Zusammenschlusstatbestände, insbesondere durch § 37 Abs 1 Z 2 GWB, weitgehend zurückgedrängt worden zu sein. Die Rechtfertigungen und Abgrenzungsversuche sind nicht immer klar, zumal wohl auch der Kontrolltatbestand nach Z 2 als Auffangtatbestand interpretiert werden könnte.⁹³

Im Gegensatz zu den kurz gefassten Grundtatbeständen der FKVO entpuppen sich die Zusammenschlusstatbestände des GWB schlussendlich als relativ komplexe Materie. Für die Problematik dieser Arbeit ist insbesondere auch § 37 Abs 2 GWB von Bedeutung,

⁸⁸ So auch *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB⁴ II (2007) § 37 Rn 19.*

⁸⁹ *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB⁴ II, § 37 Rn 22.*

⁹⁰ *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB⁴ II, § 37 Rn 20;* diese Begründung lässt sich mE wohl auch auf das österreichische Recht anwenden.

⁹¹ Ausführlich zu diesem Tatbestand *Zigelski, Der wettbewerblich erhebliche Einfluss wird 20, WuW 2009, 1261 ff.*

⁹² Vgl dazu genauer *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB⁴ II, § 37 Rn 86.*

⁹³ Eingehendere Erklärungen zu diesem Tatbestand, s *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB⁴ II, § 37 Rn 86 ff.*

weil dadurch eine Art „Verbundenheitsprivileg“ im Zusammenschlussrecht geschaffen wird. Ähnlich wie das Konzernprivileg im österreichischen Recht (s unten, unter Punkt F.) und im EU-Recht (s unten, unter Punkt G.) sollen dadurch bloße Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns nicht von der Zusammenschlusskontrolle erfasst werden.⁹⁴ Anstatt hierbei auf das Merkmal des Konzerns abzustellen, steht im deutschen Recht die „wesentliche Verstärkung“ der Unternehmensverbindung im Vordergrund, welche die genannte Privilegierung ausschließt.

Diese Norm ist va für den Vergleich zum österreichischen Konzernprivileg nach § 7 Abs 4 KartG interessant, weil zB auch im Rahmen des *Postbus*-Urteils auf die Ausgestaltung der Konzernausnahme im deutschen Recht verwiesen wird (wobei der OGH auf eine andere Bestimmung des GWB verweist, s unten unter Punkt F.I.b.).

B. Der Grundtatbestand im EU-Recht: Der Kontrollbegriff des Art 3 FKVO

In diesem Abschnitt geht es darum, überblicksweise die Zusammenschlusstatbestände im EU-Recht zu analysieren und in diesem Rahmen besonders auf für das Konzernprivileg wesentliche Aspekte hinzuweisen.

Art 3 Abs 1 FKVO lautet wie folgt (die Sondertatbestände zu den Kreditinstituten werden auch hier auf Grund ihrer Länge und Irrelevanz für das Thema bewusst ausgelassen, jene zu den Gemeinschaftsunternehmen werden weiter unten analysiert):

„Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass

b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.“

Im Gegensatz zum österreichischen Recht finden sich hier zwei und nicht fünf Grundtatbestände für einen Zusammenschluss. Art 3 Abs 1 lit a FKVO zur Fusion entspricht im Groben § 7 Abs 1 Z 1 KartG und umfasst darüber hinaus die Zusammenlegung der

⁹⁴ So auch *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 37 Rn 115.

Aktivitäten mehrerer Unternehmen im Rahmen einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung⁹⁵ (sog. „faktische Fusion“), was zB in Deutschland dem Gleichordnungskonzern entspricht.⁹⁶

Art 3 Abs 1 lit b FKVO beschreibt dagegen den Kontrollwerb ähnlich wie § 7 Abs 1 Z 5 KartG, umfasst aber auch § 7 Abs 1 Z 2-4 KartG. In Art 3 Abs 2 FKVO wird der Kontrollwerb nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO genauer definiert:

„Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:

a) Eigentums - oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;

b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.“

Nähere Ausführungen zu den Zusammenschlusstatbeständen des Art 3 FKVO befinden sich in der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Konsolidierte Mitteilung“).⁹⁷ Durch diese Mitteilung wurden folgende vorhergehende Mitteilungen der Kommission ersetzt: die Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses⁹⁸, die Mitteilung über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens⁹⁹, die Mitteilung über den Begriff der beteiligten Unternehmen¹⁰⁰ und die Mitteilung über die Berechnung des Umsatzes¹⁰¹. Die Konsolidierte Mitteilung beinhaltet zentrale Details und Auslegungshinweise zum europäischen Zusammenschlussrecht und wird daher im Folgenden ausführlich analysiert.

⁹⁵ Konsolidierte Mitteilung Rn 9 f; weiterführend dazu zB *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht Kommentar² (2009) Art 3 FKVO Rn 2 ff.

⁹⁶ Weiterführend *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II (2010) Art 3 FKVO Rn 18 ff mwN; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts² (2008) § 15 Rn 32 mwN; ausführlich zur Thematik des Konzentrationsprivilegs bei Gleichordnungskonzernen, vgl *Schmidt*, Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern – Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzerns in *Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel*, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag (1991), 561 ff.

⁹⁷ In der berichtigten Fassung: ABl 2009 C 43, 09.

⁹⁸ ABl 1998 C 66, 5.

⁹⁹ ABl 1998 C 66, 1.

¹⁰⁰ ABl 1998 C 66, 14.

¹⁰¹ ABl 1998 C 66, 25.

I. Der Unternehmensbegriff des Zusammenschlusses

Der Unternehmensbegriff in Art 3 FKVO wird funktional verstanden und ist mit jenem von Art 101 und 102 AEUV nach hL ident.¹⁰² Nach ständiger unionsrechtlicher Rsp ist sohin als Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und Finanzierung“ zu verstehen.¹⁰³ Somit steht – ähnlich wie im österreichischen Recht – die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens im Vordergrund und nicht der Rechtsträger. Dabei wird mE der Unternehmensbegriff nicht immer mit jenem der wirtschaftlichen Einheit gleichzusetzen sein, weil die wirtschaftliche Einheit (maW der Konzern) als Unternehmensverbindung eine übergeordnete Form ist.

Die Frage nach der Unternehmensdefinition ist insbesondere auch ein wesentlicher Punkt im Rahmen der Frage des Konzernprivilegs im unionsrechtlichen Zusammenschlussrecht, weil letzteres teilweise durch das Abstellen auf „zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen“ begründet wird. Aus diesem Grund wird teilweise auch angenommen, dass konzerninterne Restrukturierungen keinen Zusammenschluss iSd FKVO darstellen sollen.¹⁰⁴ Inwiefern dies allerdings zutreffend ist, wird im Rahmen der Konzernausnahme im unionsrechtlichen Zusammenschlussrecht weiter unten in G. analysiert. An dieser Stelle sei auch auf Punkt A.III. des 3. Kapitels verwiesen, in welchem die unionsrechtliche Rsp zum Unternehmensbegriff im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV dargelegt wird.

II. Die Art und Intensität des bestimmenden Einflusses

Der Zusammenschlussbegriff und insbesondere der Begriff der Kontrolle sind eigenständig auszulegen und auch von den Kontrollbegriffen in anderen Bereichen des einzelstaatlichen sowie des EU-Rechts — zB Aufsichtsregeln, Steuerrecht, Luftverkehr, Medien usw – unabhängig zu interpretieren.¹⁰⁵ Maßgeblich ist immer „eine am Zweck der Fusionskontrolle, die eine Strukturkontrolle ist, ausgerichtete Bewertung der Änderungen der tatsächlichen (rechtlichen oder faktischen) Entscheidungs- und Einflussmöglichkeiten und

¹⁰² So auch *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 9 mwN.

¹⁰³ EuGH 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Kommission*, Rs C-205/03 P, Slg 2006, I-06295 Rn 25 mwN; *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 8 mit Verweisen auf die Rsp der Gemeinschaftsorgane.

¹⁰⁴ *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 12; *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 11 mwN.

¹⁰⁵ Konsolidierte Mitteilung Rn 23.

der dadurch bewirkten dauerhaften Veränderungen der Marktstruktur“.¹⁰⁶ Somit könnten sich auch im Hinblick auf das Kartellrecht ieS (Art 101 und 102 AEUV) Unterschiede im Rahmen der Schutz- und Regelungszwecke ergeben, da es sich bei Art 101 und 102 AEUV um eine – weniger auf dauerhafte Verbindungen abstellende – Marktverhaltenskontrolle handelt (die Fusionskontrolle begnügt sich mit der Feststellung eines „Gefährdungspotenzials“ für den Wettbewerb¹⁰⁷). Allerdings ist fraglich, ob sich gerade für die Definition der Kontrolle und des Konzerns tatsächlich Unterschiede zwischen Art 101 bzw 102 AUEV und dem Zusammenschlussrecht ergeben, zumal diesbezüglich va der wettbewerbsrechtliche Gehalt und weniger die Dauerhaftigkeit im Vordergrund steht.¹⁰⁸

Die „Kontrolle“ wird dahingehend ausgelegt, dass der sie Innehabende in der Lage sein muss, seine Interessen bzw Absichten gegen die Interessen übriger Einflussberechtigter durchzusetzen. Mitwirkungsrechte Dritter ändern nichts daran, wenn Entscheidungen letztlich gegen ihre Anliegen und Interessen gefällt und durchgesetzt werden können.¹⁰⁹ Diese Definition deckt sich weitgehend mit jener des beherrschenden Einflusses nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG. So gibt auch *Urlesberger* zu erkennen, dass die Beherrschungsdefinition nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG deckungsgleich mit dem Begriff der Kontrolle nach Art 3 FKVO ist.¹¹⁰ Auch die erforderlichen Mittel zur Absicherung der Kontrolle nach Art 3 Abs 3 FKVO werden bewusst allgemein gehalten, sodass nicht bloß rechtliche Mittel, sondern auch andere Umstände, wie zB eine Kombination aus wirtschaftlichen, personellen und rechtlichen Elementen auf eine solche Kontrolle schließen lassen können. Ähnlich wie im österreichischen Recht ist auch ein bloß vorübergehender Einfluss nicht ausreichend.¹¹¹ So wird die Dauerhaftigkeit jedenfalls bei unbefristeten Verträgen oder Verträgen mit einer Zeitdauer von mindestens 10 Jahre angenommen, nicht aber bei Verträgen mit einer Zeitdauer von 3 Jahren.¹¹²

Im EU-Recht fehlen – wie eingangs dargestellt – formal aufgezählte Tatbestände wie zB das Erreichen oder Überschreiten einer gewissen Beteiligung.¹¹³ Deshalb wird hier auch

¹⁰⁶ *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 4.

¹⁰⁷ *Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 (2008) § 12 Rn 6.

¹⁰⁸ Eingehender zu dieser Thematik zB *Knauder*, Kartellverbot und Fusionskontrolle parallel anwendbar – kein allgemeiner Vorrang der Fusionskontrollvorschriften vor dem Kartellverbot, ZFR 2009, 66; weiterführend zum gemeinsamen Zweck der Wettbewerbsfreiheit im EU-Recht: *Frenz*, Handbuch Europarecht II Europäisches Kartellrecht (2006) Rn 33 ff.

¹⁰⁹ *Stoeknerhuber*, Europäisches Kartellrecht (1999) 148 f.

¹¹⁰ *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005, § 7 Rn 73 ff.

¹¹¹ Vgl dazu Konsolidierte Mitteilung Rn 28 ff.

¹¹² Konsolidierte Mitteilung Rn 28 Fn 34; weiters *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 27.

¹¹³ Allerdings werden in dem für die Zusammenschlussanmeldung regelmäßig auszufüllenden Formblatt CO, Abschnitt 3 (Anhang zur VO Nr 802/2004 der Kommission, ABl 2004 L 133, 1) genaue Angaben über Kapitalanteile und Stimmrechte verlangt.

von einem materiellen Zusammenschlussbegriff gesprochen.¹¹⁴ Damit wollte man offenbar die weitgehenden Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtslagen der Mitgliedstaaten, insbesondere bezüglich der Gesellschaftsformen und der Typen möglicher Unternehmensverbindungen, überbrücken.¹¹⁵ Diese Erklärung wird jedoch kritisiert, weil bereits die nationalen Gesetze bei entsprechender Inlandswirkung auch für internationale Zusammenschlüsse anwendbar seien.¹¹⁶

Dieser Kritik kann jedoch nicht beigepflichtet werden, zumal gerade im EU-Recht derartige Probleme, wie sie in den nationalen Rechtsordnungen mit internationalem Bezug existieren können, durch diesen materiellen Kontrollbegriff vermieden werden sollen. Die Abwesenheit konkreter Zusammenschlusstatbestände bietet den Entscheidungsorganen mehr Freiraum, das Gesellschaftsrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.¹¹⁷ Weiters ist dieses Prinzip eines materiellen Zusammenschlussbegriffes den nationalen Rechtsordnungen nicht völlig fremd. So ist es offensichtlich, dass zB das österreichische und das deutsche Kartellrecht sich weitgehend an die unionsrechtlichen Bestimmungen angeglichen haben. Insbesondere findet man auch dort den Auffangtatbestand des beherrschenden bzw bestimmenden Einflusses im Zusammenschlussrecht vor, weshalb der Zusammenschlussbegriff dort teils materiell teils formell ist. Vor diesem Hintergrund hat auch das deutsche GWB den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs 1999 zusätzlich übernommen (Näheres dazu, s oben unter Punkt A.II.).¹¹⁸ Mit diesem materiellen Ansatz soll also den Behörden und Gerichten ermöglicht werden, im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise losgelöst von formellen Tatbeständen das Erfordernis einer Zusammenschlussprüfung auf den Einzelfall abzustimmen. Obwohl der Kontrollbegriff des Art 3 FKVO autonom auszulegen ist, kommt er anderen Kontrollbegriffen in nationalen Rechtsordnungen sehr nahe (zB dem zB § 17 dAktG oder auch dem § 15 Abs 2 AktG), weshalb man – freilich unter dem Gebot der Vorsicht – die Begründungen der unionsrechtlichen Jud zu Art 3 Abs 1 lit b FKVO in die Interpretation der nationalen Kontrollbegriffe einfließen lassen kann.

Es genügt – ähnlich wie im österreichischen und deutschen Recht – bereits die Möglichkeit der Ausübung bestimmenden Einflusses, selbst wenn die Kontrollrechte nicht tatsächlich ausgeübt werden oder zukünftig nicht ausgeübt werden sollen.¹¹⁹ Damit wird also

¹¹⁴ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 3.

¹¹⁵ Dies begrüßend *Stockenhuber*, Die Europäische Fusionskontrolle (1995) 72.

¹¹⁶ Beispielsweise *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 3.

¹¹⁷ Vgl auch Konsolidierte Mitteilung Rn 22.

¹¹⁸ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 23.

¹¹⁹ Konsolidierte Mitteilung Rn 16.

auch im EU-Recht bei der Beurteilung, ob ein Zusammenschluss vorliegt, bereits eine Stufe vor der Konzernierung angesetzt. Aus der Gesamtheit der Konsolidierten Mitteilung geht heraus, dass sich sowohl bei alleiniger als auch bei gemeinsamer Kontrolle der Einfluss auf das strategische Wirtschaftsverhalten eines Unternehmens auswirken muss.¹²⁰ Der bestimmende Einfluss kann bei alleiniger Kontrolle sowohl auf positiven Kontrollbefugnissen beruhen als auch im Rahmen negativer alleiniger Kontrolle (insbesondere durch Vetorechte) bestehen, wobei diesfalls die Muttergesellschaft nicht die einschlägigen Entscheidungen alleine durchsetzen kann.¹²¹ Gemeinsame Kontrolle ist im Gegensatz dazu dann gegeben, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, in einem anderen Unternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben, was in der Regel ausschließlich durch Vetorechte geschieht.¹²²

Im Rahmen der Vetorechte wird weiters ausgeführt, dass die wichtigsten Merkmale der Kontrolle des strategischen Wirtschaftsverhaltens eines Unternehmens vor allem die Entscheidungen über die Besetzung der Unternehmensleitung, die Finanzplanung, den Geschäftsplan, den Investitionen sowie gewisse marktspezifische Rechte darstellen.¹²³ Darüber hinaus wird präzisiert, dass es sich bei der Beurteilung, ob ein solcher bestimmender Einfluss vorliegt, nicht um eine isolierte Betrachtung dieser Merkmale handeln soll, sondern – ähnlich wie beim beherrschenden Einfluss nach § 15 AktG bzw § 115 GmbHG – die „Gesamtschau“ aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände den Ausschlag geben muss.

„Ein Vetorecht, das weder bei der Geschäftspolitik und -strategie, der Besetzung der Unternehmensleitung noch bei der Finanzplanung und dem Geschäftsplan zum Tragen kommt, verleiht dem Inhaber auch keine gemeinsame Kontrolle.“¹²⁴

Unzweifelhaft ist hingegen die Bejahung der Kontrolle, wenn alle fünf dieser Merkmale dem Vetorecht oder dem ausschließlichen Bestimmungsrecht eines Gesellschafters unterliegen.¹²⁵

Wie bereits in den Ausführungen zum Beherrschungsbegriff nach § 15 AktG und § 115 GmbHG (s dazu zB 1. Kapitel unter Punkt A.IV.c.) geschildert, treten auch bei der unionsrechtlichen Kontrolle finanzielle Aspekte in den Vordergrund. So reicht bereits der

¹²⁰ Vgl zB Rn 54 und 62.

¹²¹ Konsolidierte Mitteilung Rn 54.

¹²² Konsolidierte Mitteilung Rn 62.

¹²³ Konsolidierte Mitteilung Rn 65-73.

¹²⁴ Konsolidierte Mitteilung Rn 73 mwN.

¹²⁵ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 29.

Mangel an Kontrollbefugnis über den Finanzplan und den Geschäftsplan alleine aus, um die Kontrolle zu verneinen.¹²⁶

a. Die Entscheidung Fortis/BCP durch die Kommission

Allerdings sind auch Fälle bekannt, in denen man nach der Abstellung auf die Gesamtbetrachtung zu einem anderen Schluss kommt: So wurde zB in der Kommissionsentscheidung *Fortis/BCP*¹²⁷ ein bestimmender Einfluss vom Minderheitsgesellschafter BCP bejaht, obwohl er bloß über ein Vetorecht hinsichtlich der Organisation des Vertriebs der Versicherungen über Banken verfügte. Dieser Bereich nahm jedoch fast den gesamten Umsatz (94%) des Gemeinschaftsunternehmens ein. Darüber hinaus wurden im Land, in dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig war, 81% aller Lebensversicherungen über Banken vertrieben. Deshalb stand auch für die Kommission die Tatsache, dass der andere Gesellschafter (Fortis) die Mehrheit der Anteile an der Tochter hielt sowie über die Unternehmensleitung, die Führung der täglichen Geschäfte, den Finanzplan und den Geschäftsplan alleine entschied, der Kontrolle durch BCP nicht entgegen. Dies wurde *va* dadurch begründet, dass der Mehrheitsgesellschafter Fortis es nicht riskieren würde, seine Einkünfte dadurch zu gefährden, indem er mit dem die Produktion kontrollierenden Gesellschafter in Konflikt geriete.

Ob diese Entscheidung zutreffend ist, ist äußerst fraglich, zumal im Falle seiner Unzufriedenheit der Mehrheitsgesellschafter – insbesondere auf Grund seiner Entscheidungsmacht über Geschäftsplan und Finanzplan – leicht entgegenwirken könnte. Dass der Vertrieb eines bestimmten Bereiches für das Unternehmen wesentlich ist, kann zwar ein Indiz für einen bestimmenden Einfluss durch das herrschende Unternehmen sein, ohne Einfluss auf Finanz- und Geschäftsplanung oder auf die Unternehmensleitung wird der betroffene Gesellschafter mMn im Vergleich jedoch immer hintanstellen. Es geht schließlich auch nicht darum, wie wichtig die Produktionsaktivität des Unternehmens für ein bestimmtes Land oder für einen gesamten Produktionszweig ist, sondern wer die Kontrolle innerhalb des Unternehmens ausüben kann. Schlussendlich bestand im gegenständlichen Fall für Fortis stets die Möglichkeit, gegen den Willen von BCP in allen Bereichen seinen eigenen Willen durchzusetzen. Dass letzteres auch erfolgt, ist nicht auszuschließen. Daher würde es schlussendlich auf Grund der Kontrolle der Unternehmensleitung, des Finanzplans und des

¹²⁶ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 29 mit Verweis auf Kommission 6.11.1995, *Unisource/Telefónica*, IV/M.544, AB1 1996 C 13, 03 Rn 9, 10.

¹²⁷ Kommission 19.1.2005, *Fortis/BCP*, COMP/M.3556, AB1 2005 C 61, 04 Rn 10-14; ebenfalls kommentiert in *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 30.

Geschäftsplans durch Fortis nur auf seinen Willen ankommen, insbesondere wenn Fortis mit der Vertriebspolitik von BCP unzufrieden sein sollte. Letzten Endes hätte man mE im gegenständlichen Fall auf Grund des Gesagten die gemeinsame Kontrolle durch Fortis und BCP verneinen und die alleinige Kontrolle durch Fortis annehmen müssen.

b. Die Entscheidung Metronet/Infraco durch die Kommission

Im Fall *Metronet/Infraco*¹²⁸ hat die Kommission den bestimmenden Einfluss eines Gesellschafters verneint, weil er zwar Rechte zur Benennung eines „Partnership Director“ als Vorstandsmitglied hatte, letzterer selbst jedoch keine Vetorechte bezüglich der Tätigkeiten des Tochterunternehmens besaß. Weiters sollten dem Anteilseigner selbst bestimmte Vetorechte bezüglich der Geschäftstätigkeiten und der Gewinnverteilung zustehen. Diese erachtete die Kommission allerdings als nicht intensiv genug, um hierbei eine Kontrolle dieses Anteilseigners anzunehmen.

Aus dieser Entscheidung geht insbesondere hervor, dass es bei der Gesamtbetrachtungsweise letzten Endes auf die Situation im Einzelfall ankommt und dass nicht die Vermittlung des Einflusses, sondern vielmehr das Ausmaß ausschlaggebend sei. So lässt also das Recht zur Benennung eines Vorstandsmitglieds nicht zwangsläufig auf einen bestimmenden Einfluss schließen, auch nicht in Kombination mit anderen Rechten. Denn im Ergebnis kommt es nicht darauf an, ob „irgendein“ Vorstandsmitglied bestellt werden kann, sondern ob insgesamt dadurch wesentliche Entscheidungen in der Unternehmensplanung ermöglicht werden. Den bestimmenden Einfluss hat die Kommission im gegebenen Fall wohl zu Recht verneint, weil dieser Vorstand nicht mit den notwendigen Rechten ausgestattet worden war.

c. Das Mindestmaß an Kontrolle

Weiters sollen Beratungs- und Überwachungsbefugnisse für die Annahme eines bestimmenden Einflusses nicht ausreichen.¹²⁹ Dies versteht sich fast von selbst, weil solche Befugnisse grundsätzlich kaum Bestimmungsfunktionen beinhalten und der Begriff der „Kontrolle“ in diesem Sinne nicht als Überwachung missverstanden werden darf. Daher soll hier auch klargestellt werden, dass die „Kontrolle“ iSd Art 3 FKVO vielmehr auf die Möglichkeit abstellt, „die Interessen im Hinblick auf die Geschäftsführung gegenüber den

¹²⁸ Kommission 21.6.2002, *Metronet/Infraco*, COMP/M.2694, ABl 2002 C 164, 15 Rn 15.

¹²⁹ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 32 mwN.

Interessen der übrigen Anteilsgegner wahren zu können.¹³⁰ Nicht notwendig sei jedoch die Möglichkeit der Beeinflussung der Alltagsgeschäfte oder ein unmittelbares Weisungsrecht hinsichtlich konkreter Geschäftshandlungen.¹³¹ In diesem Sinne gleicht der bestimmende Einfluss iSd FKVO auch dem beherrschenden Einfluss iSd § 15 AktG. Solche Weisungsrechte können jeweils nur Indizien für einen beherrschenden Einfluss sein, jedoch niemals Voraussetzung. Denn wie bereits mehrmals wiederholt, kommt es bei der Gesamtbetrachtung auf das Bündel an rechtlichen und faktischen Beherrschungsmöglichkeiten an.

Ebenfalls unzureichend für die Annahme eines bestimmenden Einflusses iSd FKVO werden die Rechte eines Minderheitsaktionärs angesehen, seinen eigenen Anteil abzusichern, sowie Rechte auf Zustimmungsvorbehalte im Hinblick auf Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen bzw – herabsetzungen oder Änderungen des Geschäftszwecks.¹³²

Zusammenfassend gibt es auch im EU-Recht, wie bereits im 1. Kapitel im Rahmen des beherrschenden Einflusses nach § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG festgestellt, Schwierigkeiten, konkrete Voraussetzungen für die Annahme eines bestimmenden Einflusses zu finden. Das Mindestausmaß ist ebenso unklar wie die genaue Abgrenzung der Bereiche, in welchen dieser Einfluss vorliegen muss. Denn die Konsolidierte Mitteilung gibt zwar mit (i) der Besetzung der Unternehmensleitung und Finanzplanung, (ii) dem Geschäftsplan, (iii) den Investitionen sowie (iv) marktspezifische Rechte die wesentlichsten Teilbereiche für eine solche Kontrolle vor, doch die konkreten Abgrenzungen variieren je nach Entscheidung.¹³³ Festzuhalten ist wohl, dass auch im EU-Recht ein langfristig gesicherter finanzieller Einfluss auf das Tochterunternehmen ein schwer zu widerlegendes Indiz für einen bestimmenden Einfluss ist.

EU-rechtlich wird weiters zwischen alleiniger und gemeinsamer Kontrolle unterschieden, was hinsichtlich des Konzerns va im Lichte der Gemeinschaftsunternehmen und von § 7 Abs 1 Z 5 KartG (s unten, Punkt D.II.) von Bedeutung ist. So wird die alleinige Kontrolle grundsätzlich dadurch definiert, dass das kontrollierende Unternehmen seine

¹³⁰ *Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁴ I EG, Teil 2 (2007) Art 3 FKVO Rn 33 mwN; *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 32.*

¹³¹ So auch *Karl, Der Zusammenschlussbegriff in der europäischen Fusionskontrollverordnung: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (1996) 166.

¹³² *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 33 mwN.*

¹³³ Konsolidierte Mitteilung Rn 65-73.

Vorstellungen über die strategisch relevanten Entscheidungen gegen den Willen der anderen Anteilseigner durchsetzen kann.¹³⁴

III. Die alleinige Kontrolle

Alleinige Kontrolle bedeutet, dass es einem Unternehmen allein möglich sein muss, bestimmenden Einfluss über ein anderes auszuüben oder es maW das Recht hat, die strategischen Entscheidungen des Unternehmens zu bestimmen bzw solche alleine mit Veto zu verhindern.¹³⁵ Das Paradebeispiel dafür ist der Erwerb der Stimmenmehrheit, unabhängig davon, wie sich die Stimmenmehrheit zur Beteiligung am Kapital verhält.¹³⁶ Dies steht beispielsweise im Gegensatz zu § 7 Abs 1 Z 3 KartG, bei dem sowohl im Falle einer 25-prozentigen als auch einer 50-prozentigen Beteiligung zunächst auf die Kapitalmehrheiten abgestellt wird, wobei es auch hier in Ausnahmefällen auf die Stimmrechte ankommen kann (s dazu insbesondere unten, Punkt D.I.). So normiert auch die Kommission:

„Rechtlich gesehen übernimmt ein Unternehmen die alleinige Kontrolle in der Regel dadurch, dass es die Stimmrechtsmehrheit in einem anderen Unternehmen erwirbt.“¹³⁷

Nützt der Erwerber der alleinigen Kontrolle seinen bestimmenden Einfluss auch tatsächlich aus, führt der Zusammenschluss zum Entstehen einer wirtschaftlichen Einheit, wodurch das erworbene Unternehmen sein Auftreten am Markt nicht mehr selbst bestimmen kann und letzten Endes – bis zu einem gewissen Grad – seine Selbständigkeit verliert.¹³⁸

a. Alleinige Kontrolle trotz Minderheitsrechten

Es kann die alleinige Kontrolle jedoch auch auf Grund „qualifizierter Minderheitsrechte“¹³⁹ auf rechtlicher oder faktischer Grundlage bestehen. Als Beispiel für Minderheitsrechte werden Vorzugsaktien genannt, welche zu einer Stimmrechtsmehrheit führen, das Recht, die Hälfte der Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates zu bestimmen, sowie das Recht, die Wirtschaftsstrategie des Zielunternehmens zu bestimmen.

¹³⁴ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 34.

¹³⁵ Konsolidierte Mitteilung Rn 54.

¹³⁶ *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 73 mwN.

¹³⁷ Konsolidierte Mitteilung Rn 56.

¹³⁸ Ähnlich auch *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 44, wobei er auch Eingriffe in die „laufende Geschäftstätigkeit“ des Unternehmens thematisiert, welche mE nicht für die Bildung einer wirtschaftlichen Einheit notwendig sind, da es sich dabei nicht um „strategische Entscheidungen“ handelt.

¹³⁹ Konsolidierte Mitteilung Rn 57; s zu diesem Thema auch *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 76 ff mwN.

Darüber hinaus sind auch jene Fälle darunter zu subsumieren, in denen eine 50:50-Beteiligung etabliert ist, ein Unternehmen jedoch das Recht hat, bei Nichteinigung die entscheidende Stimme abzugeben.¹⁴⁰ Von alleiniger Kontrolle auf faktischer Grundlage kann gesprochen werden, wenn ein Minderheitsgesellschafter damit rechnen kann, auf Grund des Streubesitzes der verbleibenden Anteile eine Mehrheit zu erreichen.¹⁴¹ Dabei wird im Einzelfall darauf abzustellen sein, ob auf Grund des Stimmverhaltens in der Vergangenheit eine solche Mehrheit zu erwarten ist.¹⁴²

Im Fall *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*¹⁴³ haben beispielsweise gewisse Minderheitsaktionäre, welche gemeinsam ungefähr 50% des Kapitals hielten, von ihren Stimmrechten nie Gebrauch gemacht. Die alleinige Kontrolle eines dritten Minderheitsaktionärs machte die Kommission insbesondere daran fest, dass die Beteiligungen der übrigen Anteilseigner rein finanzieller und spekulativer Natur und die Diskussionen bei der Generalversammlung für sie zu komplex seien. Weiters würden sie auch steuerliche Gründe vom Stimmrechtsgebrauch abhalten. Die Beteiligungen wären also zu „schwach“, um einen Ausschlag auf die Entscheidungen des Unternehmens zu haben. Aus diesem Grund nahm die Kommission gegenständlich an, dass der Aktionär, welcher nach dem Vorhaben 26% der Anteile halten würde (davor ca 21%) auf Grund des Stimmverhaltens einen bestimmenden Einfluss auf die Gesamtpolitik des Unternehmens ausüben würde, weshalb eine Kontrolle iSd Art 3 Abs 3 FKVO festgestellt wurde. Dies begründete die Kommission wiederum damit, dass die ohnehin schon vorhandene Unterstützung und dadurch die de-facto-Stimmenmehrheit bestehen bleiben würde, zumal sich der Streubesitz durch das Vorhaben weiter verstärke.

Grundsätzlich soll es also im Falle von Streubesitz darauf ankommen, „*ob die übrigen Anteilseigner in der Lage und geneigt sein werden, den größten Minderheitsaktionär zu stützen oder zu stabilisieren*“.¹⁴⁴ Ist beispielsweise der größte Anteilseigner industriell tätig und handelt es sich bei den anderen um Finanzinvestoren, so könne man auch in Zukunft nicht mit einer Überstimmung rechnen.¹⁴⁵ Auch im Fall *Jefferson Smurfit/Stone Containers*¹⁴⁶ wurde der bestimmende Einfluss daraus geleitet, dass Jefferson Smurfit der einzige

¹⁴⁰ *Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 86; *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 80 mwN.

¹⁴¹ Konsolidierte Mitteilung Rn 59.

¹⁴² Konsolidierte Mitteilung Rn 59.

¹⁴³ Kommission 3.8.1993, *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, IV/M.343, ABI 1993 C 225, 2 Rn 9, 11, 14.

¹⁴⁴ So *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 82 mit Verweis auf den Entwurf der Kommission zur Konsolidierten Mitteilung zum Begriff der Zuständigkeit; ähnlich auch die Konsolidierte Mitteilung Rn 59.

¹⁴⁵ So auch *Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 80.

¹⁴⁶ Kommission 8.7.1998, *Jefferson Smurfit/Stone Containers*, IV/M.1208, ABI 1998 C 252, 08 Rn 11.

industrielle Anteilseigner war. Ähnlich ließ die Kommission auch in der Entscheidung *Anglo American Corporation/Lonrho*¹⁴⁷ in ihren Erwägungen miteinfließen, dass der industrielle Anteilseigner ein „*stabilisierender Faktor in der Aktionärsstruktur und damit ein Garant für eine bestimmte Strategie und Geschäftspolitik*“ wäre und die Tochtergesellschaft de facto auf die Unterstützung dieses Aktionärs angewiesen sei. Ausschlaggebend war vor allem der Aufwand, den die restlichen Minderheitsaktionäre aufbringen müssten, um eine Koalition gegen den größten Anteilseigner zu bilden oder dass sie diesfalls gar mit finanziellen Schäden rechnen müssten.¹⁴⁸

Dagegen wurde im Fall *MAN/Scania*¹⁴⁹ festgestellt, dass die Beteiligung von VW iHv 21,6% auch bei sonstigem Streubesitz (VW war die einzige Gesellschaft mit einer mehr als fünfprozentigen Beteiligung an MAN) nicht ausreichen würde, um die alleinige Kontrolle von VW über MAN zu bejahen. Dies wurde mangels kontrollvermittelnder Vereinbarungen damit begründet, dass im Gegensatz zu den letztjährigen Anwesenheitsverhältnissen (50-60% im Jahr 2002, 40-50% im Jahr 2003, 40-50% im Jahr 2004, 30-40% im Jahr 2005 und 39,3% im Jahr 2006) die derzeitige Entwicklung nicht darauf schließen lassen würde, dass die Beteiligung von VW iHv 21,6% zukünftig eine Mehrheit bei der Hauptversammlung vorweisen würde (MAN erwarte sich zukünftig Anwesenheitsverhältnisse von 50-60%).

Auch geringfügigere Minderheitsrechte, wie zB eine bloße Sperrminorität, reichen nicht aus, um alleinige Kontrolle begründen zu können. So hat beispielsweise die Kommission im Fall *Porsche/Volkswagen* Folgendes festgestellt:

*„Offen bleibt deshalb nur die Frage, bei welcher Beteiligungsschwelle die Sperrminorität liegt [...] Dies ist jedoch für den Erwerb der faktischen Kontrolle nicht von Bedeutung, da dieses Element alleine zu keiner Form der Kontrolle im Sinne der FKVO führen würden.“*¹⁵⁰

b. Die Frage nach de-facto-Kontrolle

Die oben genannten Fälle belegen, dass die Kontrolle eines Anteilseigners auf die Nichtausübung der Kontrolle durch die anderen Anteilseigner zurückzuführen sein kann. Die Gründe dafür können vielseitig sein, insgesamt lassen sie sich wohl als fehlendes Interesse gewisser Gesellschafter an eine Gegensteuerung zusammenfassen. Somit bleibt es manchen Minderheitsaktionären überlassen, die Geschäftspolitik des Unternehmens zu

¹⁴⁷ Kommission 23.4.1997, *Anglo American Corporation/Lonrho*, IV/M.754, AB1 1998 L 149, 21-45 Rn 37.

¹⁴⁸ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 84 mwN.

¹⁴⁹ Kommission 20.12.2006, *MAN/Scania*, COMP/M.4336 Rn 9.

¹⁵⁰ Kommission 23.7.2008, *Porsche/Volkswagen*, COMP/M.5250, AB1 2008 C 222, 2 Rn 12.

bestimmen, weil mit einer aktiven Beteiligung der anderen Anteilseigner nicht zu rechnen ist. Letztere hätten in diesen Fällen eher die Tendenz, sich am – zumeist industriellen und somit wohl fachlich qualifizierteren – größten Minderheitsaktionär zu orientieren, weil dies für sie zumeist mit weniger Aufwand verbunden ist. Das bedeutet schlussendlich, dass ein Minderheitsaktionär, welchem nur auf seine Beteiligung abstellend kein bestimmender Einfluss zugesprochen würde, einen solchen durch die Passivität der anderen Anteilseigner erlangt.

E contrario könnte sich, wenn man das Konzept konsequent anwendet, daraus leiten lassen, dass ein Anteilseigner, welcher zwar einen bestimmenden Einfluss auf Grund seiner Beteiligung ausüben könnte, dies aber regelmäßig anderen Anteilseignern überlässt, keine Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO innehat. In diesem Sinne würden reine Beherrschungsmöglichkeiten, welche nie ausgeübt werden, keine Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO vermitteln. Ob dieser Umkehrschluss angewendet werden kann, ist allerdings mehr als fraglich.

Ein anderer – wohl richtigerer – Lösungsversuch ließe sich aus den im 1. Kapitel genannten Vermutungen des dAktG ableiten. Denn durch das Vorhandensein einer tatsächlich ausgeübten Kontrolle wird nur der logische Schluss gezogen, dass im Falle einer Ausübung auch eine Möglichkeit bestehen muss. Somit ist die de-facto-Kontrolle, welche schlussendlich mit der Konzerneigenschaft gleichzusetzen ist, ein Unterfall der Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO und schließt das Vorhandensein eines bestimmenden Einflusses mitein. Weiters wäre die Nichtausübung der Kontrollmöglichkeiten durch die übrigen Gesellschafter auch ein Anwendungsfall der Konzernvermutung, wonach trotz Vorhandenseins eines beherrschenden Einflusses keine einheitliche Leitung existiert und somit die Konzerneigenschaft verneint werden müsste. Wendet man diesen Lösungsansatz auf den Fall *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*¹⁵¹ an, werden auf der einen Seite der beherrschende Einfluss sowie die einheitliche Leitung durch den kontrollausübenden Minderheitsgesellschafter bejaht und die Kontrolle durch die anderen Minderheitsgesellschafter wohl verneint, weil sie einen solchen Einfluss nicht ausüben und sie auch sonst keine Beherrschungsmöglichkeit haben. Diesem Ergebnis ist auch zuzustimmen.

Wendet man auf diesen Fall den weiter oben genannten Umkehrschluss an, müsste sich jedoch automatisch auf Grund der Nichtausübung der Beherrschungsmöglichkeit durch die übrigen Beteiligten leiten lassen, dass es selbst an der Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO mangelt. Zwar käme im konkreten Fall dasselbe Ergebnis wie bei der Prüfung anhand

¹⁵¹ Kommission 3.8.1993, *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, IV/M.343, ABI 1993 C 225, 2.

der Vermutungen heraus, dabei ließe man aber allfällige andere Beherrschungsmöglichkeiten außer Acht. Hätten zum Beispiel die übrigen Minderheitsaktionäre qualifizierte Stimmrechte, welche sie nie ausüben würden, müsste man laut dem Umkehrschluss trotz dieser Möglichkeiten, einen bestimmenden Einfluss auszuüben, auf Grund des de-facto-Prinzips die Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO verneinen. Denn man käme dadurch zum Schluss, dass beim Zusammenschlusstatbestand der Kontrolle nicht nur auf die bloße Beherrschungsmöglichkeit abgestellt wird, sondern in Ausnahmefällen, wenn der bestimmende Einfluss in Form von Stimmrechten zu keinem Zeitpunkt ausgeübt wird, eine solche Kontrolle verneint werden muss. Allerdings kann es – wie bereits wiederholt erwähnt – bei der Beurteilung des bestimmenden Einflusses nicht auf die tatsächliche Ausübung der Kontrolle ankommen. Daher kann ein solcher Umkehrschluss vor diesem Hintergrund nicht gezogen werden. Letzten Endes lässt sich der genannte Umkehrschluss nicht im Rahmen der de-facto-Kontrolle anwenden.

Durch das Abstellen auf die de-facto-Kontrolle, welche sich im Wesentlichen auf Prognosen stützt, weicht die Kommission schließlich auch vom Konzept der reinen Beherrschungsmöglichkeit ab und kombiniert es mit jenem der tatsächlich ausgeübten einheitlichen Leitung, wie dies beispielsweise § 15 Abs 1 AktG nahelegt. Denn eine „de-facto“-Beherrschungsmöglichkeit ist letzten Endes nichts anderes als die Ausübung des bestimmenden Einflusses, maW der Beweis einer einheitlicher Leitung und somit der Konzerneigenschaft nach der hA. Dadurch zeigt sich auch, dass eine genaue Trennung zwischen beherrschendem Einfluss und einheitlicher Leitung nicht immer möglich oder gar wünschenswert ist.

Diese Problematik ist va auch bei der Frage des Konzernprivilegs relevant, weil sie gerade zeigt, wie nahe sich die Konzepte der bloßen Kontrollmöglichkeit und der tatsächlichen Ausübung der Kontrolle stehen können.

IV. Die gemeinsame Kontrolle

Im Falle gemeinsamer Kontrolle können Entscheidungen nur mit der Einwilligung des mitkontrollierenden Unternehmens getroffen werden, weil sonst auf Grund der Blockademöglichkeiten der Gesellschafter Pattsituationen entstehen würden.¹⁵² So stellte das EuG im Fall *Cementbouw/Kommission* Folgendes fest:

„Gleiche Kapitalanteile und gleiche damit verbundene Stimmrechte in der CVK ermöglichen es aber grundsätzlich jedem der Anteilseigner, die strategischen

¹⁵² Vgl Konsolidierte Mitteilung Rn 62.

Entscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens zu blockieren, etwa Entscheidungen über die Bestellung der Entscheidungsorgane des Gemeinschaftsunternehmens, also des Vorstands und des Aufsichtsrats. Um zu vermeiden, dass es zu einer solchen Blockade kommt, wenn die strategischen Entscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens getroffen werden, müssen die Anteilseigner daher ständig zusammenarbeiten.“¹⁵³

Liegt eine gemeinsame Kontrolle vor, so geht man im EU-Recht beim kontrollierten Unternehmen von einem Gemeinschaftsunternehmen aus (vgl dazu auch die Lit zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im österreichischen und im deutschen Recht, s 1. Kapitel unter Punkt C.II.).

Die Art und Weise des Kontrollerwerbs muss sowohl bei alleiniger als auch bei gemeinsamer Kontrolle nicht unbedingt rechtlicher Natur sein; so können nach Art 3 Abs 1 lit b iVm Art 3 Abs 2 FKVO auch andere tatsächliche Umstände ausschlaggebend sein wie zB wirtschaftliche Beziehungen, sogar ohne Absicht der Parteien, Kontrolle zu erwerben.¹⁵⁴ Zusammenfassend können neben einem Anteilserwerb und Beherrschungsverträgen beispielsweise auch der Erwerb des Vermögens, personelle Verflechtungen sowie in Ausnahmefällen sonstige wirtschaftliche Abhängigkeiten (zB strukturelle Verflechtungen in Verbindung mit exklusiven Bezugsverträgen) zu einem Kontrollverhältnis führen.¹⁵⁵

Im Rahmen der gemeinsamen Kontrolle spielen, wie bereits erwähnt, insbesondere Vetorechte eine maßgebliche Rolle. Die häufigste Konstellation bilden dabei die Blockademöglichkeiten von Minderheitengeschaftern hinsichtlich des strategischen Wirtschaftsverhaltens des Unternehmens (ausführlicher zu den strategisch relevanten Bereichen, s oben unter Punkt B.II.).¹⁵⁶ Insbesondere sind Vetorechte hinsichtlich der Bestellung des Vorstandes, der Verabschiedung des Geschäftsplans und des Jahresbudgets kontrollvermittelnd¹⁵⁷, nicht hingegen übliche Schutzrechte von Minderheitsgeschaftern hinsichtlich ihrer finanziellen Interessen.¹⁵⁸ Dabei müssen – neben den Kapitalbeteiligungen – alle Umstände analysiert werden, um im Wege einer Gesamtschau bestimmen zu können, ob eine gemeinsame Kontrolle vorliegt.¹⁵⁹

¹⁵³ EuG 23.2.2006, *Cementbouw/Kommission*, Rs T-282/02, Slg 2006, II-319 Rn 67.

¹⁵⁴ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 42 mwN.

¹⁵⁵ Ausführlich dazu *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 49-62.

¹⁵⁶ *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 62.

¹⁵⁷ Vgl zB Kommission 13.2.2003, *ASCOTT GROUP/GOLDMAN SACHS/ORIVILLE*, COMP/M.3068, ABI 2003 C 52, 14 Rn 8.

¹⁵⁸ Kommission 19.9.2006, *TOSHIBA/WESTINGHOUSE*, COMP/M.4153 ABI 2006 C 10, 1 Rn 79.

¹⁵⁹ Vgl Konsolidierte Mitteilung Rn 65-73; weiters *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 62 ff.

a. Das Optionsrecht

Für das Konzernprivileg von besonderem Interesse ist in diesem Rahmen die Frage, wie die Option auf den Erwerb von (weiteren) Anteilen zu behandeln ist. Die Konsolidierte Mitteilung normiert in Rn 60:

„Eine Option, die zum Kauf oder zur Umwandlung von Aktien berechtigt, verleiht an sich noch keine Kontrolle, solange die Option nicht in naher Zukunft aufgrund einer rechtlich verbindlichen Absprache ausgeübt wird.“

Dazu wird weiters auf die EuG-Entscheidung *Air France/Kommission*¹⁶⁰ verwiesen, in welcher eine Kaufoption für die Annahme eines Kontrollerwerbs nicht als ausreichend angesehen wurde:

„Wie die Beklagte vorträgt, darf diese der Beurteilung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt nur tatsächliche und rechtliche Umstände zugrunde legen, die im Zeitpunkt der Anmeldung dieser Handlung gegeben sind, nicht aber hypothetische Gesichtspunkte, deren wirtschaftliche Bedeutung zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nicht abgeschätzt werden kann.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, daß es sich bei der Ausübung der British Airways eröffneten Option durch dieses Unternehmen insofern um einen hypothetischen Vorgang handelt, als British Airways bis zum Erlaß der Entscheidung unstreitig keinen Gebrauch von dieser Option gemacht hatte und als die Klägerin nicht dargetan hat, daß British Airways zu diesem oder einem späteren Zeitpunkt dies beabsichtigte.

Unter diesen Umständen hat die Kommission bei der Beurteilung des Zusammenschlusses, mit dem sie befasst war, zu Recht nicht diese potentielle Transaktion berücksichtigt. Der zweite Teil des Klagegrundes ist somit zurückzuweisen.“¹⁶¹

Aus der Begründung des EuG liest sich heraus, dass nur tatsächliche und rechtliche Umstände zugrunde gelegt werden sollen, welche im Zeitpunkt der Zusammenschlussanmeldung vorliegen, nicht aber hypothetische Aspekte, deren wirtschaftliche Bedeutung zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nicht abgeschätzt werden kann (so zB die vollständige Übernahme der Kontrolle durch Ausübung einer Kaufoption auf die dem betreffenden Unternehmen noch nicht gehörenden Aktien).¹⁶²

¹⁶⁰ EuG 19.5.1994, *Air France/Kommission*, Rs T-2/93, Slg 1994, II-323; weiterführend auch Kommission 21.12.2005, *E.ON/MOL*, COMP/M.3696, ABl 2006 L 253, 20-28, Erwägungsgründe 12-14, 480, 762ff.

¹⁶¹ EuG 19.5.1994, *Air France/Kommission*, Rs T-2/93, Slg 1994, II-323 Rn 70-73.

¹⁶² EuG 19.5.1994, *Air France/Kommission*, Rs T-2/93, Slg 1994, II-323, Leitsätze Rn 3.

Grundsätzlich soll also eine solche Option nicht als kontrollbegründend angesehen werden, denn „selbst wenn die Bedingungen des Anteilserwerbs im Optionsvertrag bereits bestimmt sind, ist der Übergang der Anteile noch abhängig von der Ausübung der Option und der dann noch erforderlichen Übertragung der Anteile auf den neuen Inhaber“, so auch Wessely/Wegner.¹⁶³ Dabei zitieren letztere auch den Fall *Tractebel/Distrigraz (II)*¹⁶⁴, in dessen Rahmen eine Erwerbsoption der durch den belgischen Staat gehaltenen Anteile für den Fall vorgesehen war, dass gewisse Änderungen am belgischen Markt für das Produkt erfolgen sollten. Die Kommission stellte fest, dass diesbezüglich nur im Falle des tatsächlichen Anteilserwerbs ein Zusammenschluss vorliegen würde. In der Kommissionsentscheidung *Man/Ingersoll Rand*¹⁶⁵ wurde die Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO verneint, weil die Einlösung des Optionsrechts die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens bedeutet hätte.

Fraglich ist allerdings, ob das Abstellen auf den Erwerbsvorgang und nicht auf die Option selbst nicht doch auf die unsicheren zukünftigen Veränderungen zurückzuführen ist. Denn es ergibt einen großen Unterschied, ob der Optionsinhaber jederzeit die Möglichkeit hat, die damit verbundenen Anteile zu erwerben oder ob dies mit gewissen Bedingungen (so zB allfällige Veränderungen am nationalen Produktmarkt) verknüpft wird. Die Antwort auf diese Frage ist den Entscheidungen nicht immer eindeutig zu entnehmen. Es liegt mE auf der Hand, im Falle des Abstellens auf ein unwahrscheinlich scheinendes oder zumindest unvorhersehbares Ereignis den Kontrollerwerb zu verneinen. Dabei spielt es einerseits eine Rolle, ob die Option jederzeit verwertbar ist und inwiefern die Einlösung einer solchen Option zum Zeitpunkt ihrer Einräumung an den Betroffenen wahrscheinlich erscheint. Auch aus der *Air France/Kommission*-Entscheidung durch das EuG liest sich heraus, dass die mangelnde Kontrolle va eher auf Grund der Unwahrscheinlichkeit der Ausübung der Option angenommen wurde, als auf Grund der Nichtausübung zu diesem Zeitpunkt. Schlussendlich sollte also eher auf die wirtschaftliche Realität abgestellt werden, nämlich auf den „Anreiz“ oder die „Motivation“, das Optionsrecht auszuüben, als allein auf rechtliche Gegebenheiten.

Letzteres ist zB der Fall, wenn eine rechtliche Verpflichtung besteht, das Optionsrecht in näherer Zukunft auszuüben. Denkbar ist darüber hinaus, dass dem Minderheitsaktionär auf Grund des Optionsrechts faktisch ein mitkontrollierender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, weil die anderen Aktionäre ein Veto auf Grund der Ausübung des Optionsrechts durch den Minderheitsgesellschafter befürchten.¹⁶⁶ So wurde zB im Fall *KLM/Air UK*¹⁶⁷

¹⁶³ Wessely/Wegner in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 44.

¹⁶⁴ Kommission 1.9.1994, *Tractebel/Distrigraz (II)*, IV/M.493, AB1 1994 C 249, 03 Rn 18.

¹⁶⁵ Kommission 28.7.1994, *Man/Ingersoll Rand*, IV/M.479, AB1 1994 C 231, 05 Rn 18.

¹⁶⁶ Wessely/Wegner in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 45 mwN.

entschieden, dass dem Gesellschafter KLM auf Grund seines Optionsrechts ein Vetorecht zustehe, welches ihm einen bestimmenden Einfluss über das Gemeinschaftsunternehmen vermittele. Dabei stand für die Kommission im Vordergrund, dass KLM durch das Optionsrecht einerseits die Anteile am Gemeinschaftsunternehmen für sich „reserviert“ hätte, was die Grundlage für dessen fortschreitende Integration in die KLM Gruppe gewesen wäre. Andererseits – und das sei der Hauptgrund um hier einen bestimmenden Einfluss von KLM anzunehmen – könne das Optionsrecht nach eigenem Belieben sofort umgesetzt werden.

Ein anderes Beispiel ist der Fall *Ford/Hertz*¹⁶⁸, in dem Ford als Minderheitsgesellschafter jederzeit innerhalb weniger Stunden durch ein Optionsrecht zur Aktienumwandlung die Möglichkeit hatte, die absolute Mehrheit in der Geschäftsführung von Hertz zu erlangen. Dieses unbedingte Recht sah die Kommission als ausreichend an, um Ford als de facto alleinbeherrschende Gesellschaft anzusehen. Weiters stellte die Kommission fest, dass – seitdem Ford involviert gewesen sei – die Entscheidungen des Vorstandes von Hertz auch tatsächlich stets einstimmig wären, weshalb Ford das vorgenannte Optionsrecht nie ausüben hätte müssen.

*Wessely/Wegner*¹⁶⁹ stellen diese Konstruktionen etwas vereinfachend als Ausnahmefälle dar, was mE schon auf Grund des Dargestellten äußerst fraglich ist. Denn wie oben erwähnt muss im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei einem Optionsrecht nicht strikt auf das Rechtsgeschäft eines allfälligen Anteilserwerbs abgestellt werden. Vielmehr muss im Einzelfall abgewogen werden, wie sich bereits das Optionsrecht (entweder auf Grund einer wahrscheinlichen Ausübung oder schon wegen der genannten „Abschreckwirkung“ des Optionsrechts per se) kontrollvermittelnd auswirkt.

Das Verhältnis zwischen dem Optionsrecht und dessen Ausübung (nämlich dem tatsächlichen Anteilserwerb) ähnelt jenem zwischen beherrschendem/bestimmenden Einfluss und dessen Ausübung (nämlich der einheitlichen Leitung). Bei beiden Problematiken geht es letzten Endes darum, ob bereits die Möglichkeit, den ausschlaggebenden Sachverhalt herbeizuführen, zur Erfüllung des Tatbestandes genügt, oder ob auf die tatsächliche Ausübung abgestellt werden soll. Die für das Optionsrecht vorgeschlagene Lösung ließe sich grundsätzlich auch auf die Problematik des beherrschenden Einflusses und der einheitlichen Leitung anwenden. Denn letzten Endes ist auch die Möglichkeit der Ausübung von Kontrollmöglichkeiten nichts anderes als eine Option, bei der man abwägen könnte, wie wahrscheinlich ihre Ausübung ist, um vielleicht auf diese Art zum Vorhandensein einer einheitlichen Leitung zu gelangen. Es wäre also denkbar – und wie eben gesehen im

¹⁶⁷ Kommission 22.9.1997, *KLM/Air UK*, IV/M.967, AB1 1997 C 372, 20 Rn 12, 17.

¹⁶⁸ Kommission 22.9.1997, *KLM/Air UK*, IV/M.967, AB1 1997 C 372, 20 Rn 12, 17.

¹⁶⁹ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 45.

Rahmen einer reinen Abhängigkeitsprüfung durch die Kommission bereits vollzogen – anstelle von bloßen Vermutungen mehr mit einzelfallbezogenen Wahrscheinlichkeitsprüfungen und Prognosen zu arbeiten. Diese würden einerseits – wie bei den Konzernvermutungen – auf die Vergangenheit (also die bereits erfolgte Ausübung des Einflusses) abstellen, andererseits aber auch unabhängig davon vermehrt Gründe oder Hindernisse für eine zukünftige Ausübung der Kontrolle in die Beurteilung miteinbeziehen. Allerdings blieben als wohl berechtigten Kritikpunkt gegen diesen Ansatz die Schwierigkeiten und Unsicherheiten, welche sich im Rahmen einer solchen Wahrscheinlichkeitsprüfung zukünftigen Verhaltens niemals bereinigen ließen.

b. Gemeinsame Interessen auf Grund von einheitlichem Stimmverhalten als Grundlage für eine de-facto-Kontrolle

Neben den Optionsrechten ist auch die de-facto-Kontrolle auf Grund des Stimmverhaltens der Anteilseigner als Grundlage gemeinsamer Kontrolle denkbar. So wurde zB im Fall *Nordic Capital/APAX Industri*¹⁷⁰ die gemeinsame Kontrolle bejaht, weil zwei Anteilseigner einer gewissen „Unternehmensgruppe“ angehörten und die daraus geleiteten gemeinsamen Interessen dazu geführt hatten, dass ein Handeln gegeneinander unwahrscheinlich gewesen wäre. Beide Anteilseigner hätten gemeinsam zukünftig die notwendige Stimmenmehrheit für die wesentlichen Entscheidungen gehabt, weshalb das Vorhandensein einer gemeinsamen Kontrolle bejaht wurde.

In der *TPS*-Entscheidung der Kommission wurde auf Grund des vergangenen Stimmrechtsverhaltens der Minderheitsgesellschafter ebenfalls ein solches gemeinsames Interesse und in weiterer Folge auch das Vorhandensein einer gemeinsamen Kontrolle bejaht.¹⁷¹ Die Kommission sprach von einer stabilen, fortgesetzten und kompletten Strategie der zwei Minderheitsgesellschafter seit drei Jahren, insbesondere in den Fragen der grundsätzlichen wirtschaftlichen Orientierungen und der täglichen Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens. Dies ist in Verbindung mit der Konsolidierten Mitteilung zu lesen, welche in Rn 76 Folgendes besagt:

„Ganz selten ist die Möglichkeit eines gemeinsamen Handelns de facto dort gegeben, wo starke gemeinsame Interessen der Minderheitsgesellschafter bewirken, dass sie bei der Ausübung ihrer Stimmrechte in dem Gemeinschaftsunternehmen nicht gegeneinander handeln.“

¹⁷⁰ Kommission 6.11.1997, *Nordic Capital/APAX Industri*, IV/M.1026, ABI 1998 C 010, 09 Rn 7.

¹⁷¹ Kommission 30.4.2002, *TPS*, IV/M.0057, ABI 2002 C 137, 28 Rn 10.

Diese Bestimmung sah die Kommission im gegenständlichen Fall als einschlägig an, weil sie annahm, dass auf Grund ihres bisherigen Stimmverhaltens beide Minderheitsgesellschafter ihre gemeinsame Strategie auch nach dem Erlangen von 50% der Anteile durch einen dritten Gesellschafter weiterführen würden. Dabei würde das gegenständliche Vorhaben diese gemeinsamen Interessen nur verstärken, weshalb schlussendlich eine gemeinsame Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens zu bejahen wäre.

Ein anderes Beispiel für gemeinsames Interesse auf Grund zum Zusammenschlusszeitpunkt bereits vorhandener Verbindungen ist der Fall *Philips/Grundig*.¹⁷² Dort hielten Finanzinvestoren jeweils 22%, 19% und 19% der Anteile an einem Unternehmen und es stand ihnen ein gemeinsames Vetorecht zu. Die Kommission nahm ein gemeinsames Interesse dieser drei Finanzinvestoren insbesondere deshalb an, weil durch die Entscheidungsstrukturen im Gemeinschaftsunternehmen ein einstimmiges Verhalten der Banken begünstigt und sogar bedingt sein würde, insbesondere weil sie auf das Know-How des durch sie bestimmten Vorstandsmitglieds angewiesen wären, welcher für sie auch als Repräsentant im Vorstand fungieren würde. Daher müssten die Handlungen durch die Banken als einheitlich gesehen werden. Der gegenüberstehende Anteilseigner hätte weiters schon immer in gewissen finanziellen Belangen ihren gemeinsamen Standpunkt beachten müssen.

Auch in der Entscheidung *Arcelor/Oyak/Erdemir*¹⁷³ wurde das Know-How des Minderheitsgesellschafters als ausschlaggebend für den bestimmenden Einfluss gewertet, obwohl der Minderheitsgesellschafter keine Vetorechte hatte und einem Mehrheitsgesellschafter gegenüberstand. Letzterer hatte als reiner Finanzinvestor ein großes Interesse daran, den Minderheitsgesellschafter in die strategischen Entscheidungen einzubinden (seine Beiträge wurden von der Kommission sogar als „unabdingbar“ bezeichnet).¹⁷⁴ Somit wurde gemeinsame Kontrolle durch den Mehrheits- und den Minderheitsgesellschafter angenommen.

Aus diesen Fällen zeigt sich, dass eine gemeinsame de-facto-Kontrolle auch dann möglich sein kann, wenn die rechtliche Ausgangslage eine alleinige Kontrolle vermuten lassen würde.¹⁷⁵ Dabei werden unter anderem die Rücksichtnahme auf die Interessen der

¹⁷² Kommission 3.12.1993, *Philips/Grundig*, IV/M.382, ABl 1993 C 336, 11 Rn IV.A.

¹⁷³ Kommission 13.2.2006, *Arcelor/Oyak/Erdemir*, COMP/M.4085.

¹⁷⁴ Kommission 13.2.2006, *Arcelor/Oyak/Erdemir*, COMP/M.4085 Rn 7-14.

¹⁷⁵ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 106 mwN.

anderen Anteilseigner, wirtschaftliche und strukturelle Verflechtungen und sofort umsetzbare Optionsrechte als Beispiele angeführt.¹⁷⁶

Auf der anderen Seite steht die Möglichkeit wechselnder Koalitionen der gemeinsamen Kontrolle entgegen, weil hier mangels gemeinsamer Interessen nicht von einer de-facto-Kontrolle gesprochen werden kann.¹⁷⁷ So wurde beispielsweise in der Entscheidung *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola*, obwohl grundsätzlich gemeinsame Interessen vorhanden waren, von der Kommission keine gemeinsame Kontrolle angenommen, weil der hinzugetretene Gesellschafter die de-iure-Kontrolle auf Grund von Vetorechten „durchbrach“.¹⁷⁸ Infolge der Transaktion konnte keiner der Anteilseigner mehr alleine die strategisch wichtigen Entscheidungen des Gemeinschaftsunternehmens (insbesondere die Ernennung des Vorstandes sowie die Genehmigung des Budgets und des Geschäftsplanes) blockieren. Weiters gab es keinen Stimmbindungsvertrag, welcher die Anteilseigner zu einem einheitlichen Stimmverhalten verpflichten würde. Aus diesen Gründen wurde zunächst die de-iure-Kontrolle verneint.

Aber auch eine de-facto-Kontrolle wurde im gegenständlichen Fall nicht von der Kommission angenommen. Eine solche sei nur unter engen Voraussetzungen möglich¹⁷⁹ (s auch weiter oben im Rahmen der *TPS*-Entscheidung). Dabei sollen diese „gemeinsamen Interessen“ laut Kommission nur sehr bestimmte Fälle (arg. „ganz selten“) erfassen, insbesondere jene, in denen bereits vor dem Zusammenschluss eine Verbindung zwischen den Unternehmen bestanden hätte, weil nur in solchen Fällen eine höhere Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Anteilseigner im „neuen“ Gemeinschaftsunternehmen einer gemeinsamen Politik nachgehen würden. Dies sei *va* dann der Fall, wenn sie „vitale Beiträge“ leisten würden. Je mehr Gesellschafter am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt seien, desto weniger könne man von einer de-facto-Kontrolle sprechen. Daher ist schlussendlich auf Rn 80 der Konsolidierten Mitteilung zu verweisen:

„In Ermangelung einer starken Interessengemeinschaft wird in der Regel die Möglichkeit wechselnder Koalitionen unter den Minderheitsgesellschaften die Entstehung einer gemeinsamen Kontrolle verhindern.“

Der einzige dargestellte Fall einer „richtigen“ de-facto-Kontrolle war schlussendlich die *TPS*-Entscheidung der Kommission¹⁸⁰, weil dort bereits auf Grund des Stimmverhaltens

¹⁷⁶ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 106 mwN.

¹⁷⁷ Konsolidierte Mitteilung Rn 80; weiters *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 103; *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹II, Art 3 FKVO Rn 75.

¹⁷⁸ Kommission 22.12.1998, *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola*, IV/JV.12, AB1 1999 C 178, 18 Rn. 9-18.

¹⁷⁹ Vgl Konsolidierte Mitteilung Rn 76 ff.

¹⁸⁰ Kommission 30.4.2002, *TPS*, IV/M.0057, AB1 2002 C 137, 28.

in der Vergangenheit, durch welches die Minderheitsgesellschafter tatsächlich ihre Kontrolle ausgeübt hatten, auch für die Zukunft ein solches Verhalten angenommen wurde. Denn mehr als um eine de-facto-Kontrolle handelt es sich in den dargestellten Entscheidungen, in welchen noch nie eine Kontrolle durch die betroffenen Unternehmen ausgeübt wurde, um die Prognose einer höchstwahrscheinlichen de-facto-Kontrolle, welche die Kommission für die Bejahung einer Kontrollmöglichkeit iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO offenbar genügen lässt. Ähnlich wie bei der Frage des Optionsrechts wird im Ergebnis eine Prognose als de-facto-Kontrolle hingestellt, weil in manchen Fällen die Möglichkeit, dass eine solche Kontrolle (auch in Zukunft) ausgeübt wird, ungleich höher ist als bei einer „durchschnittlichen“ Beherrschungsmöglichkeit. Eine „tatsächliche“ Ausübung der Kontrollmöglichkeiten steht hierbei weniger im Vordergrund als gewisse – der Kontrolle selbst externe – Gründe, welche zu einem einseitigen Stimmverhalten bewegen bzw ein entgegengesetztes Stimmverhalten als höchst unwahrscheinlich erscheinen lassen.

Diese Gründe können beispielsweise – wie oben angeschnitten – im Know-How eines gemeinsam gewählten Vorstandsmitglieds liegen oder weil über längere Zeit bereits vor dem Zusammenschluss eine enge Verbindung zwischen den Gesellschaftern bestanden hat. Des Weiteren wird die gemeinsame Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Beispiel genannt, weil die Wahrscheinlichkeit einer gemeinsamen Zielsetzung diesfalls höher sei als bei einem derivativen Erwerb von Anteilen.¹⁸¹ Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn die Gründerunternehmen „lebenswichtige Beiträge“ bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zugeführt haben, weil letzteres nur durch die Zusammenarbeit der Gründerunternehmen bestehen könne.¹⁸² Auch für solche oder ähnliche Fälle ist klar, dass je mehr Anteilseigner an einem Unternehmen beteiligt sind, desto weniger von einer de-facto-Kontrolle gesprochen werden kann.¹⁸³

Die Kommission hat – wie oben erwähnt – in ihrer Konsolidierten Mitteilung letzten Endes klargestellt, dass es sich bei diesen Fällen der de-facto-Kontrolle auf Grund von einem gemeinsamen Interesse um einen Ausnahmefall handeln soll (arg. „ganz selten“).¹⁸⁴ Dies ist insofern verständlich, als dass die Prognose, wie sich Anteilseigner zukünftig verhalten werden, oftmals sehr schwer zu erstellen ist. Die Fälle, in denen die Minderheitsgesellschafter bereits in der Vergangenheit ihre Kontrollmöglichkeiten ausgeübt haben, vermitteln jedenfalls eindeutiger ein gemeinsames Interesse als jene, in denen

¹⁸¹ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 102.

¹⁸² Konsolidierte Mitteilung Rn 77.

¹⁸³ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 100 mwN; weiters Konsolidierte Mitteilung Rn 76.

¹⁸⁴ Rn 76.

andere Faktoren auf eine gemeinsame Interessenslage schließen lassen.¹⁸⁵ Allerdings sprechen die recht zahlreichen Entscheidungen, welche teilweise auch in dieser Arbeit dargestellt wurden, gegen eine bloß ausnahmsweise Annahme einer gemeinsamen Interessenslage.¹⁸⁶ Wenn bereits die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens die Annahme gemeinsamer Interessen indiziert, muss es in den jeweiligen Fällen erst einmal gelingen, dieses gemeinsame Interesse zu widerlegen.

V. Die Verstärkung der Kontrolle

Wesentlich für den Kontrollbegriff des Art 3 Abs 1 lit b FKVO ist auch, dass – wie eingangs erwähnt – die Verstärkung der Kontrolle grundsätzlich keinen Zusammenschlusstatbestand darstellt.¹⁸⁷

„Ändert sich lediglich der Umfang der Beteiligungen der kontrollierenden Gesellschafter, ohne dass sich dies auf ihre Befugnisse im Unternehmen und die Zusammensetzung der Kontrollstruktur auswirkt, liegt keine Änderung der Art der Kontrolle und folglich auch kein anmeldungspflichtiger Zusammenschluss vor.“¹⁸⁸

So ist die Rechtslage in Österreich vergleichsweise anders, weil bereits die Überschreitung einer 50-prozentigen Beteiligung bei Vorhandensein einer mehr als 25-prozentigen Beteiligung nach § 7 Abs 1 Z 3 KartG als Zusammenschlusstatbestand anzusehen ist. Das Gleiche gilt nach hA auch für den Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle, welcher ebenfalls nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG als Zusammenschluss zu subsumieren ist. Im Unionsrecht erfüllen bloße Umschichtungen, zB die Erhöhung der Anteile eines alleine kontrollierenden Gesellschafters, nicht den Zusammenschlusstatbestand, selbst wenn seine Beteiligung von weniger als 50% zu 50% oder mehr aufgestockt wird.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Grundsätzlich gegen das bloße Abstellen auf gemeinsame Interessen: *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 91.

¹⁸⁶ Ähnlich auch *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 72.

¹⁸⁷ So auch *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 97 mwN; *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 62 mwN.

¹⁸⁸ Konsolidierte Mitteilung Rn 83.

¹⁸⁹ *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 42 und 57 mwN.

Allerdings kennt auch das EU-Recht Ausnahmen und zwar insbesondere dann, wenn sich Anzahl oder Identität der kontrollierenden Unternehmen verändert.¹⁹⁰ Laut Rn 83 der Konsolidierten Mitteilung erfasst die FKVO Vorgänge,

„die zum Erwerb alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle führen, darunter auch Vorgänge, die eine Änderung der Art der Kontrolle bewirken“.

So ist im EU-Recht zunächst dann ein Zusammenschluss anzunehmen, wenn die Kontrolle an einem bisher gemeinschaftlich geführten Unternehmen auf ein einziges Unternehmen übergehen soll.¹⁹¹ Dabei soll nicht die Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner als solche für den Kontrollerwerb ausschlaggebend sein, sondern vielmehr weil der Vorgang zum Erwerb der Kontrolle führt oder eine bereits bestehende Kontrolle verstärken kann (zB zusätzliche Stimm- oder Vetorechte, zusätzliche Vorstandsmitglieder etc). Somit stellt die Kommission eindeutig klar, dass die Verstärkung der Kontrolle also doch (ausnahmsweise) einen Zusammenschlusstatbestand darstellen kann. Dass der umgekehrte Fall, also der Übergang alleiniger zur gemeinsamen Kontrolle unter Art 3 Abs 1 lit b FKVO fällt, ist selbstverständlich, weil dadurch unweigerlich durch eine zusätzliche Partei (erstmal) Kontrolle begründet wird.

Ähnlich gestaltet es sich im Falle neu hinzutretender Unternehmen zum Kreis der mitkontrollierenden Anteilseigner, beim Erwerb einer Kontrollbeteiligung durch bisher minderbeteiligte Anteilseigner und bei einem Wechsel von Anteilseignern.¹⁹² Die vorgenannten Sachverhalte haben gemeinsam, dass *„sich durch die Transaktion [...] die Anzahl der kontrollierenden Gesellschafter erhöht oder sich ihre Identität ändert“*.¹⁹³

Im Falle der Verringerung der Anzahl der gemeinsam kontrollierenden Gesellschafter, ohne dass ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle stattfindet, liegt laut Kommission „normalerweise“ kein anmeldungspflichtiger Zusammenschluss vor.¹⁹⁴ Wie hier „normalerweise“ zu deuten ist, geht aus der Konsolidierten Mitteilung nicht heraus. Hinweise lassen sich jedoch aus Rn 39 der nunmehr durch die Konsolidierte Mitteilung ersetzten Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen leiten:

¹⁹⁰ Konsolidierte Mitteilung Rn 81; weiters *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 63.

¹⁹¹ Konsolidierte Mitteilung Rn 83 und 89.

¹⁹² Konsolidierte Mitteilung Rn 87; weiters *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 63.

¹⁹³ Vgl Konsolidierte Mitteilung Rn 81.

¹⁹⁴ Konsolidierte Mitteilung Rn 90.

„Anders verhielte es sich jedoch, wenn sich die Beschaffenheit der Kontrolle wesentlich verändert, vor allem wenn aufgrund einer Verringerung der Zahl der Anteilseigner die verbleibenden Anteilseigner zusätzliche Vetorechte oder Vorstandsmitglieder erhalten, die entweder in Anwendung der bestehenden oder einer neuen Vereinbarung einen Kontrollerwerb durch mindestens einen der Anteilseigner begründen“.

So gestaltete es sich zB im Fall *Avesta (II)*¹⁹⁵, in dem Axel Johnson, einer von vier mitkontrollierenden Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens, ausscheiden sollte und ein anderer Gesellschafter (AGA) dadurch eine weitgehende Verstärkung der Kontrolle durch den Erwerb eines Vetorechts erfuhr. Fraglich ist hierbei jedoch, weshalb AGA trotz eines Anteils von bloß 7,23% vor dem Ausscheiden von Axel Johnson bereits zu diesem Zeitpunkt gemeinsame Kontrolle zugesprochen wurde. Die Gründe dafür gehen aus der Entscheidung nicht klar hervor. Richtigerweise hätte AGA für diese Annahme schon damals entweder negativen oder positiven bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen haben müssen. Vielmehr deutet jedoch die Entscheidung darauf hin, dass nach dem Ausscheiden „erstmalig“ die Zustimmung aller Gesellschafter zur Entscheidungsfindung notwendig gewesen wäre. In dieser Entscheidung bleibt also unklar, weshalb bei einer Verringerung der Anzahl der gemeinsam kontrollierenden Gesellschafter ausnahmsweise doch Art 3 Abs 1 lit b FKVO anwendbar sein soll, obwohl kein Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle stattfindet. Einleuchtend erscheint mE vielmehr, dass AGA vor dem Ausscheiden von Axel Johnson noch keinen bestimmenden Einfluss in Form einer gemeinsamen Kontrolle inne hielt und diesen erst nach dem Ausscheiden erwarb.

Diese Ausnahmeregelung, wurde – anders noch als im Entwurf¹⁹⁶ dazu – in der Konsolidierten Mitteilung der Kommission nicht ausdrücklich miteinbezogen. Es wurde hingegen, wie bereits oben erwähnt, nur festgestellt, dass „normalerweise“ kein anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt.¹⁹⁷

Eine weitere Ausnahmeregelung sollte ursprünglich der Fall darstellen, dass sich eine negative Kontrolle zu einer positiven Kontrolle umändert. Es wurde damals durch die Kommission im *Fall VW - Audi/ VW-Audi Vertriebszentren* folgendermaßen begründet:

„Im Hinblick auf die Vertriebszentren Nord, Wedemark, Nordwest und Südwest/Franken kommt es zu einem Übergang von negativer Kontrolle durch Vetorechte zu einer positiven Kontrolle aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung, die es VW nicht nur erlaubt, strategische Entscheidungen zu verhindern, sondern positiv Entscheidungen

¹⁹⁵ Kommission 9.6.1994, *Avesta (II)*, IV/M.452, AB1 1994 C 179, 7 Rn 8.

¹⁹⁶ Vgl *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 64.

¹⁹⁷ Konsolidierte Mitteilung Rn 90.

herbeizuführen. Hierin ist eine wesentliche Änderung in der Art der Kontrolle zu sehen.“

198

Diese Ansicht wurde auch in den Entwurf¹⁹⁹ der Kommission zur Konsolidierten Mitteilung aufgenommen. Im krassen Gegensatz dazu und mit noch mehr Ausdruck als bei der Problematik der Kontrollverstärkung stellte die Kommission in der Konsolidierten Mitteilung fest:

„Bei einem Wechsel von negativer zu positiver alleiniger Kontrolle hingegen handelt es sich nicht um eine Änderung der Art der Kontrolle. Ein solcher Wechsel wirkt sich weder auf die Interessenlage des die negative Kontrolle ausübenden Gesellschafters noch auf die Art der Kontrollstruktur aus, da der kontrollierende Gesellschafter auch zuvor, als er die negative Kontrolle besaß, nicht unbedingt mit anderen Gesellschaftern zusammenarbeiten musste.“²⁰⁰

Offenbar hat sich die Kommission letzten Endes mMn zu Recht dafür entschieden, es für die Anwendung von Art 3 Abs 1 lit b FKVO bei den „Grundfällen“ des Kontrollerwerbs sowie des Übergangs gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle zu belassen und sich der Rechtsunsicherheit schaffenden Ausnahmefälle weitgehend zu entledigen.

Durch die neue Konsolidierte Mitteilung hat die Kommission den ersten Schritt in die Richtung gesetzt, welche mE bei allen Definitionen des Konzerns und des bestimmenden oder beherrschenden Einflusses gesetzt werden sollte: Die Vereinfachung der Tatbestände und die weitgehendere Schaffung von Rechtssicherheit. Ähnliche, wenn auch nicht unbedingt die gleichen, Ansätze sollten sich auch auf den Begriff des beherrschenden Einflusses im österreichischen Recht, sowohl im Bereich des Gesellschaftsrechts zum Konzernbegriff als auch im Zusammenschlussrecht und im Rahmen des Kartellverbots, einbringen lassen. Durch die ausführliche Kasuistik und der langjährigen EU-Rsp hat sich ein Kontrollbegriff hervorgehoben, dessen Anwendung auch in den nationalen Rechtsordnungen mE nichts entgegensteht.²⁰¹ So setzt sich zB *Urlesberger* darüber hinausgehend dafür ein, die Zusammenschlusstatbestände des österreichischen KartG gänzlich an die FKVO anzupassen und somit beispielsweise die Beteiligungsschwellen nach § 7 Abs 1 Z 3 KartG zu streichen.²⁰² Dies wäre zwar ein großer Schritt in Richtung Harmonisierung, allerdings hätte dies der Gesetzgeber schon in seiner Novellierung zum KartG 2005 aufgenommen und es erscheint auch kaum wahrscheinlich, dass demnächst eine derart drastische Änderung erfolgen wird.

¹⁹⁸ Kommission 29.7.2003, *VW - Audi/VW-Audi Vertriebszentren*, COMP/M.3198, ABI 2003 206, 15 Rn 8.

¹⁹⁹ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 65 mit Verweis auf den Entwurf.

²⁰⁰ Konsolidierte Mitteilung Rn 83.

²⁰¹ So auch *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 73 ff.

²⁰² *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 38.

Die in diesem Kapitel genannten Ansätze zum Kontrollbegriff zeigen ebenfalls, dass das EU-Recht zwar von einem speziell auf das Zusammenschlussrecht zugeschnittenen Kontrollbegriff ausgeht, die Bereiche, welche jeweils herangezogen werden, jedoch gesamtunternehmerischer Natur sind und sich nicht strikt von den im 1. Kapitel behandelten strategischen Bereichen des gesellschaftsrechtlichen Beherrschungs- bzw Konzernbegriffs trennen lassen. Auch dort geht es um eine Gesamtschau von verschiedenen Voraussetzungen, wobei finanzielle Aspekte im Vordergrund stehen. Von der Kommission und vom EuGH wurde auch zu keinem Zeitpunkt ein allfälliger marktpolitischer Einfluss einer Kontrolle in den Bereichen der Finanz- und Geschäftsplanung vorgezogen. Vielmehr ist das Marktverhalten eines Tochterunternehmens letzten Endes das Ergebnis des Einflusses in die strategische Planung des Unternehmens, welche auch für den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ausschlaggebend ist.²⁰³

C. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

Neben der Fusion und dem Kontrollerwerb nach Art 3 Abs 1 FKVO fällt die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens unter den Zusammenschlusstatbestand des Art 3 Abs 4 FKVO. In der Praxis spielt die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen eine wesentliche Rolle, was die Arbeitsteilung der mit Zusammenschlussrecht betrauten Stellen der Kommission unterstreicht.²⁰⁴ Art 3 Abs 4 FKVO normiert Folgendes:

„Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar.“

Als Gemeinschaftsunternehmen iSd FKVO ist jedes Unternehmen zu verstehen, welches von zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird.²⁰⁵ Die verschiedenen Formen gemeinsamer Kontrolle an einem Gemeinschaftsunternehmen wurden bereits oben dargestellt (s oben unter Punkt B.IV.). Daher werden in diesem Abschnitt lediglich die Besonderheiten bei der Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens behandelt. Die Problematik der Gemeinschaftsunternehmen wird in dieser Arbeit – wie bereits eingangs erwähnt – nur eng auf das Konzernprivileg bezogen analysiert, welches sich insbesondere auf das Verhältnis zwischen Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle niederschlägt. Das österreichische

²⁰³ Zu dieser Diskussion s unten in D.II. sowie 3. Kapitel in A.V.a.

²⁰⁴ So *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 81 mwN; ähnlich *Löffler*, Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung (2001) Art 3 FKVO Rn 31 mwN.

²⁰⁵ *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 109.

Recht enthält mit § 7 Abs 2 KartG eine fast wörtlich übernommene Bestimmung, weshalb die in der Folge ausgearbeiteten Grundsätze wohl auch für das österreichische Recht zu gelten haben.²⁰⁶

I. Das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Zunächst muss im Rahmen von Art 3 Abs 4 FKVO vorweg klargestellt werden, dass nicht jede Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens diesen Zusammenschlussverhalt erfüllt, sondern nur, wenn es sich bei letzterem um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt. Der Vollfunktionscharakter wird gemäß Art 3 Abs 4 FKVO dadurch geprägt, dass das Gemeinschaftsunternehmen „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfüllen muss, damit dessen Gründung der Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Deswegen sollen nur jene Vorhaben erfasst werden, welche „eine dauerhafte Veränderung in der Struktur der beteiligten Unternehmen“ bewirken.²⁰⁷

Für das Konzernprivileg ist hierbei insbesondere das Abstellen auf den Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ relevant. Dabei sind die Ähnlichkeiten und Unterschiede mit den Begriffen des Unternehmens und der wirtschaftlichen Einheit nach Art 101 Abs 1 AEUV und dessen Konzernprivileg (s 3. Kapitel) von besonderem Interesse. Um Vollfunktionscharakter zu besitzen, muss das Gemeinschaftsunternehmen:

- auf Dauer angelegt sein;
- im Verhältnis zu den Müttern bis zu einem gewissen Grad selbständig sein;
- aktiv am Markt auftreten;
- nicht bloß Hilfsfunktionen für die Muttergesellschaften ausüben.²⁰⁸

Im Wege einer Gesamtschau dieser Merkmale wird geprüft, ob die Vollfunktionseigenschaft erfüllt ist. Die Konsolidierte Mitteilung umschreibt sie in Rn 94 folgendermaßen:

„Vollfunktion bedeutet im Wesentlichen, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf einem Markt tätig sein und die Funktionen ausüben muss, die auch von den anderen Unternehmen in diesem Markt wahrgenommen werden. Deshalb muss das

²⁰⁶ Sinngemäß und weiterführend *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 86 ff.

²⁰⁷ *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I Art 3 FKVO Rn 109; ähnlich auch *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 92 ff.

²⁰⁸ Konsolidierte Mitteilung Rn 91 ff; ähnlich *Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 112; *Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I Art 3 FKVO Rn 109 mwN.

Gemeinschaftsunternehmen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal sowie materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen, um im Rahmen der dem Gemeinschaftsunternehmen zugrunde liegenden Vereinbarung langfristig seine Tätigkeiten ausüben zu können.“

Auffällig ist bei dieser Definition, dass das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit einem unabhängigen Unternehmen quasi gleichgestellt wird, dessen Funktionen auf demselben Markt als Maßstab gelten. Somit gerät scheinbar das Merkmal der Kontrolle durch die Muttergesellschaften in den Hintergrund.

Vorrangig ist daher auch für den Begriff der wirtschaftlichen Einheit des Gemeinschaftsunternehmens iSv Art 3 Abs 4 FKVO das Merkmal der „Selbständigkeit“. Das Unternehmen unterliegt einerseits der Kontrolle, andererseits wird eben zur Erfüllung des Vollfunktionscharakters eine gewisse Selbständigkeit verlangt, was zu einem Spannungsverhältnis führt.²⁰⁹ Es wurde bereits geklärt, dass die Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO sich auf die Bestimmung des strategischen Wirtschaftsverhaltens eines Unternehmens bezieht, weshalb in diesem Bereich die Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ausgeschlossen erscheint. Dies unterstreicht auch die Konsolidierte Mitteilung wie folgt:

„Die Tatsache, dass es sich bei einem Gemeinschaftsunternehmen um ein Vollfunktionsunternehmen handelt hat und es infolgedessen in operativer Hinsicht wirtschaftlich völlig selbstständig ist, bedeutet nicht, dass es auch seine strategischen Entscheidungen selbstständig treffen kann. Andernfalls könnte ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen niemals als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen angesehen werden und die Anforderung des Artikels 3 Absatz 4 wäre niemals erfüllt.“²¹⁰

Mit diesem Hinweis auf die operative Tätigkeit wird beim Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen genau auf jene Voraussetzung abgestellt, welche im Rahmen der Kontrolle nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO regelmäßig nicht ausschlaggebend sein soll, nämlich die Führung der Tagesgeschäfte. An anderer Stelle wurde bereits festgestellt, dass die Tagesgeschäfte bei der Beurteilung, ob ein bestimmender Einfluss vorhanden ist, keine tragende Rolle spielen (s zB oben unter Punkt B.II.a.).²¹¹ Im Gegensatz dazu muss für die Annahme einer „selbständigen wirtschaftlichen Einheit“ zur Erfüllung der Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens gemäß Art 3 Abs 4 FKVO die Führung der Tagesgeschäfte dem Gemeinschaftsunternehmen obliegen.

²⁰⁹ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 112 mwN.

²¹⁰ Konsolidierte Mitteilung Rn 93.

²¹¹ So auch *Karl*, Der Zusammenschlussbegriff, 166.

Interessant ist hierbei vor allem auch, dass die Definitionen der „wirtschaftlichen Einheit“ im Rahmen des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens auf der einen Seite und auf der anderen Seite jene des österreichischen Gesellschaftsrechts (s. 1. Kapitel unter Punkt A.IV.), sowie jene im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV, an grundverschiedene Ansatzpunkte knüpfen (s. dazu mehr unten, 3. Kapitel unter A. und B.). Die Definition der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen des Art 3 Abs 4 FKVO kann also nicht ohne weiteres auf andere Rechtsbereiche angewendet werden.

II. Das Verhältnis zwischen Art 3 FKVO und Art 101 AEUV im Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen

Die Bestimmung des Art 3 Abs 2 FKVO ist auch zusammen mit der materiellen Prüfung gemäß Art 2 Abs 4 FKVO zu lesen, in welchem Folgendes normiert wird:

„Soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäß Artikel 3 darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Artikels 81 Absätze 1 und 3 des Vertrags beurteilt, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.“

Somit steht zur Erfüllung dieses Zusammenschlusstatbestandes auch nicht (mehr) die Frage im Vordergrund, ob es sich um ein kooperatives oder konzentratives Gemeinschaftsunternehmen handelt.²¹² Etwaige kooperative Aspekte werden vielmehr auf Grund von Art 2 Abs 4 FKVO im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens auf ihre Vereinbarkeit mit Art 101 AEUV geprüft.²¹³ Dadurch wird also eine Art „doppelte Prüfung“ vorgenommen, in welcher die Durchführung des Zusammenschlussvorhabens ebenso aus marktstrukturellen Gründen wie auch aus Gründen der Marktverhaltenskontrolle untersagt oder an gewisse Auflagen gebunden werden kann. Diese Bestimmung erübrigt auch weitgehend komplexe und undeutliche Unterscheidungen zwischen kooperativen und konzentrativen Aspekten sowie die Frage, wie sich Art 101 AEUV zur FKVO verhält. Denn wurde die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens freigegeben, bei welchem auch kooperative Aspekte eine Rolle spielen, sind sowohl konzentrativ als auch kooperativ

²¹² So auch Wessely/Wegner in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 89.

²¹³ Eingehend zur österreichischen Rechtslage hinsichtlich der materiellen Prüfung kooperativer Aspekte: Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz 2005, § 12 Rn 42 ff.

Aspekte von der Freigabeentscheidung erfasst, weshalb eine laufende Verhaltenskontrolle nicht mehr stattfindet.²¹⁴

Wurde die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens genehmigt, ist fraglich, ob es im Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den kooperierenden Muttergesellschaften (besser gesagt der Kooperation selbst) auch zur Bildung einer wirtschaftlichen Einheit kommen kann, wenn die Bestimmungsmöglichkeiten tatsächlich in Kooperation ausgeübt werden (zum Konzernverhältnis zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und seinen Müttern, s auch 1. Kapitel unter Punkt C.II.).²¹⁵ Eine solche wirtschaftliche Einheit hat das EuG auf Grund der kooperierenden Mütter „fingiert“ (mehr zu dieser Entscheidung, vgl 3. Kapitel unter Punkt B.IV.).²¹⁶

Aber auch im Verhältnis zu den einzelnen Müttern, welches jeweils für sich genommen keine wirtschaftliche Einheit darstellt (wohl aber die Ausübung eines bestimmenden Einflusses), scheint es nicht unbedingt geboten, zusätzlich eine Marktverhaltenskontrolle nach Art 101 AEUV durchzuführen. Anderenfalls müsste man konsequenterweise bei jedem Kontrollerwerb nach Art 3 Abs 2 FKVO auch eine ständige Prüfung nach Art 101 AEUV bzgl der allfälligen kooperativen Aspekte zwischen den betroffenen Unternehmen verlangen, was aber dem Einführungszweck des Zusammenschlussrechts widersprechen würde. Denn durch die Marktstrukturkontrolle im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle will man sich – wie bereits erwähnt – in weiterer Folge die stetige Marktverhaltensprüfung ersparen. Zwar fließen bei der Zusammenschlusskontrolle hinsichtlich der Genehmigung eines Vorhabens wettbewerbsprognostizierende Aspekte mitein, eine Kooperation zwischen den zusammengeschlossenen Unternehmen wird aber der Regelfall und meistens sogar der Zweck eines Zusammenschlusses sein. Aus diesen Gründen kann sich eine allfällige Kontrolle nach Art 2 Abs 4 FKVO iVm Art 101 AEUV nicht auf die vertikalen Verhältnisse zwischen Gemeinschaftsunternehmen und seinen Müttern beziehen.

Die Prüfung allfälliger kooperativer Aspekte nach Art 101 AEUV bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens müsste sich daher immer auf das Verhältnis der Muttergesellschaften untereinander beschränken. Dies wird wohl auch aus dem Wortlaut von Art 2 Abs 4 FKVO herauszuinterpretieren sein, welcher eine Marktverhaltenskontrolle bloß auf die Koordinierung des Marktverhaltens „unabhängig bleibender Unternehmen“ eingrenzt.

²¹⁴ Wessely/Wegner in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 89.

²¹⁵ Anderer Meinung hier *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht² (2008) 97: Es gäbe diesfalls immer „bloß“ eine gemeinsame Beherrschung, welche die Anwendung des Konzernprivilegs ausschließen würde.

²¹⁶ EuG 27.9.2006, *Avebe BA/Kommission*, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085 Rn 141.

Dabei ist wohl der Ausdruck „unabhängig“ etwas unglücklich gewählt, zumal auch ein kontrolliertes Unternehmen – wie bereits mehrfach dargestellt – rechtlich und bis zu einem gewissen Grad auch wirtschaftlich unabhängig bleiben kann (insbesondere definitionsgemäß das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, s dazu oben unter Punkt C.I.). Letzten Endes entspricht eine solche „doppelte Prüfung“ im Verhältnis zwischen den Müttern des Gemeinschaftsunternehmens auch den Zwecken des Kartell- und Zusammenschlussesrechts.

Dagegen bestünde auch kein Grund, bei Vorhandensein eines Gemeinschaftsunternehmens das Verhältnis der Muttergesellschaften ohne diesbezügliche Kontrolle untereinander zu „privilegieren“ und somit jegliche Form von Koordination freizustellen, zumal in dieser Beziehung regelmäßig kein Konzernverhältnis vorhanden sein wird. Das Konzernprivileg nach Art 101 AEUV sollte sich, wie im 3. Kapitel zu sehen sein wird, auf alle Beziehungen innerhalb eines Konzerns anwenden lassen. Eine extensivere Interpretation auf – um den Wortlaut von Art 2 Abs 4 FKVO aufzugreifen – „unabhängig“ bleibende Mütter ließe sich mE jedoch keinesfalls rechtfertigen. So wurde auch durch die Kommission im Fall *E.ON/GDF* eine kartellrechtswidrige Zusammenarbeit der Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens festgestellt.²¹⁷

Mit ähnlicher Begründung, nämlich weil zwischen den Konzernmüttern eines Gemeinschaftsunternehmens per se kein Konzernverhältnis besteht, wird auch die Zuführung weiterer Ressourcen durch die Mütter sowie die Erweiterung des Tätigkeitsbereiches des Gemeinschaftsunternehmens als Kontrollerwerb angesehen, wenn die übertragenen Werte als Unternehmen oder Unternehmensteil iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO gewertet werden können.²¹⁸ Dies bestätigt auch die oben ausgeführte Annahme, dass das Verhältnis zwischen den Müttern eines Gemeinschaftsunternehmens vom Wettbewerbsrecht nicht privilegiert werden soll.

III. Der Begriff der „Gründung“

Als „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens nach Art 3 Abs 4 FKVO wird nicht nur der originäre Gründungsakt eines Gemeinschaftsunternehmens verstanden, sondern jeder Erwerb oder Wechsel gemeinsamer Kontrolle an einem schon bestehenden

²¹⁷ Kommission 8.7.2009, *E.ON/GDF*, COMP/39.401 (WuW 2010, 121).

²¹⁸ Ähnlich auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 107 mwN.

Unternehmen sowie die Zuführung weiterer Ressourcen bzw die Verstärkung eines Gemeinschaftsunternehmens.²¹⁹

Der Erwerb gemeinsamer Kontrolle ist jedoch ohnehin bereits von Art 3 Abs 1 lit b FKVO als Kontrollerwerb erfasst, bei dem der Vollfunktionscharakter keine Rolle spielt. *Wessely/Wegner*²²⁰ wollen allerdings in jenen Fallkonstruktionen, in denen bei einem solchen Kontrollerwerb das Gemeinschaftsunternehmen auch zukünftig vollfunktionsfähig bleiben soll Art 4 und 5 FKVO anwenden. Dieser Argumentation ist grundsätzlich beizupflichten, da Art 3 Abs 4 FKVO im Vergleich zu Art 3 Abs 1 lit b FKVO *lex specialis* ist und somit Anwendungsvorrang genießt. Andere Ansätze dazu bringen *Immenga/Körber* ein, indem sie eine enge Auslegung des Gründungsbegriffs vorschlagen bzw sogar den Verzicht auf den Vollfunktionscharakter andeuten.²²¹

Die Konsolidierte Mitteilung stellt schlussendlich den Vollfunktionscharakter des Gemeinschaftsunternehmens in den Vordergrund und weniger den „Gründungsakt“. So hält die Kommission Folgendes fest:

„Das Kriterium der Vollfunktion ist also ausschlaggebend dafür, ob die Fusionskontrollverordnung anwendbar ist, wenn die Parteien ein Gemeinschaftsunternehmen bilden, unabhängig davon, ob es sich bei diesem Gemeinschaftsunternehmen um ein gänzlich neues Unternehmen handelt oder ob die Parteien Vermögenswerte in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen, die sie zuvor alleine besaßen. Unter diesen Umständen muss das Gemeinschaftsunternehmen das Vollfunktionskriterium erfüllen, um einen Zusammenschluss darzustellen.“²²²

Somit ist davon auszugehen, dass in den oben genannten Gründungs-, Erwerbs- und Kontrollverstärkungsfällen immer Art 3 Abs 4 FKVO als *lex specialis* anzuwenden ist, wenn das Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionscharakter hat oder haben wird.

Im Hinblick auf das österreichische Recht wird angenommen, dass die einschlägige Bestimmung des KartG (§ 7 Abs 2) weitgehend gemäß den Erfahrungen zur Auslegung der FKVO samt der Konsolidierten Mitteilung interpretiert wird.²²³ Allerdings ergeben sich teilweise bei den Begriffsauslegungen Unterschiede: So soll § 7 Abs 2 KartG im Gegensatz zu Art 3 Abs 4 FKVO ausschließlich originäre Unternehmensneugründungen umfassen.²²⁴

²¹⁹ Vgl Konsolidierte Mitteilung 92 bzw 106 ff; weiters *Baron* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 89 ff; *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 110.

²²⁰ *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 90.

²²¹ *Immenga/Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 3 FKVO Rn 111.

²²² Konsolidierte Mitteilung Rn 92.

²²³ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 86.

²²⁴ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 96 mwN.

Anderenfalls (wenn also ein bereits bestehendes Unternehmen Objekt des Zusammenschlussvorhabens ist), sind die im Folgenden erläuterten Tatbestände des § 7 Abs 1 KartG anwendbar.

D. Die konzernunmittelbaren Erwerbstatbestände im österreichischen Zusammenschlussrecht

Nachdem die für den Konzern wesentlichsten Zusammenschlusstatbestände des EU-Rechts geprüft wurden, gilt es nun, jene nach dem österreichischen KartG darzustellen. Von den fünf Grundfällen nach § 7 Abs 1 KartG (zu den Tatbeständen, s oben unter Punkt A.I.) bieten sich insbesondere der Anteilserwerb nach Z 3 und der Auffangtatbestand des Erwerbs eines beherrschenden Einflusses nach Z 5 zur genaueren Prüfung an, weil sie hinsichtlich des Konzerns und in weiterer Folge auch hinsichtlich des Konzernprivilegs wohl die meisten und wichtigsten Fragen aufwerfen. Vorweg ist festzuhalten, dass die Zusammenschlusstatbestände nach österreichischem Recht einen wesentlich formaleren Charakter haben als jene der FKVO, so insbesondere der Anteilserwerb nach § 7 Abs 1 Z 3 KartG, welcher auf das Erreichen bestimmter Schwellen abstellt.²²⁵ Dadurch ist der österreichische Zusammenschlussbegriff im internationalen Vergleich weit gefasst, weshalb auch vergleichsweise viele Anmeldungen vor den nationalen Behörden durchgeführt werden müssen.²²⁶

I. *Der mittelbare Erwerb von Anteilen im Rahmen des § 7 Abs 1 Z 3 KartG*

Ein Erwerb von Anteilen iSd § 7 Abs 1 Z 3 KartG liegt vor, wenn jemand – mittelbar oder unmittelbar – in die Gesellschafterstellung einer ein Unternehmen betreibenden Gesellschaft einrückt, sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erstmals erreicht oder überschritten wird. So wird bei diesem Zusammenschlusstatbestand nicht auf eine allfällige Verstärkung der Unternehmensverbindung abgestellt, sondern grundsätzlich nur auf die Prozentschwellen.²²⁷ Falls bei einer schon vorhandenen (mehr als) 50-prozentigen Beteiligung weitere Anteile erworben werden, kann es keinesfalls unter den § 7 Abs 1 Z 3 KartG subsumiert werden, sondern höchstens unter den Auffangtatbestand des § 7 Abs 1 Z 5 KartG als Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle (dazu ausführlich unten in II.).

²²⁵ So auch *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 8.

²²⁶ *Wollmann* in *Beninca/Zschocke*, Kartellrecht in der Praxis – Ein Leitfadens (2007) 345.

²²⁷ So auch *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 50 ff.

a. Der „abstrakte Gefährdungstatbestand“

Für einen Konzern von besonderem Interesse ist dabei die Frage, wie ein „mittelbarer“ Anteilswerb nach § 7 Abs 1 Z 3 KartG zu deuten ist, das heißt, ob die maßgebliche Beteiligungsquote in solchen Fällen mittels Durchrechnung zu ermitteln ist, ob auf jeder Stufe mindestens jener Einfluss vorliegen muss, der mit einer 25%-igen Beteiligung verknüpft ist oder ob insgesamt ein solcher Einfluss vermittelt werden muss, der mit einer unmittelbaren 25%-igen Beteiligung regelmäßig einhergeht. Für die letztere Variante haben sich richtigerweise unter anderem *Koppensteiner*²²⁸ und *Wessely*²²⁹ entschieden. Der mittelbare – wie auch der unmittelbare – Anteilswerb ist im Rahmen des Zusammenschlusstatbestandes als „abstrakter Gefährdungstatbestand“ zu verstehen,²³⁰ weshalb auf die Einflussmöglichkeiten unter Berücksichtigung der gesamten Beteiligungsverhältnisse Bedacht zu nehmen ist. Dieser Ansicht hat sich schlussendlich auch der OGH angeschlossen.²³¹

Das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses auf jeder der der unmittelbaren Beteiligung nachgehenden Stufen zu verlangen ginge ebenfalls zu weit, weil es – wie oben erwähnt – um die Betrachtung des gesamten Beteiligungsverhältnisses geht. So hat der OGH klargestellt, dass

*„für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes der Beteiligung (§ 41 Abs 1 Z 3 KartG [nun § 7 Abs 1 Z 3 KartG nF] über 25%) nicht auch noch der Nachweis eines beherrschenden Einflusses notwendig ist. (vgl etwa 17.12.2001 zu 16 Ok 9/01 = ecolex 2002, 194 [Wollmann] = RZW 2002/31[Wenger] = Wbl 2002/162 = Öbl 2002/40; OGH 1.7.2002 16 Ok 2/02; unter Hinweis auf die überwiegenden deutschen Lehre zum vergleichbaren Tatbestand der § 23 Abs 2 GWB - Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht Rz 19 ff zu § 23 und Rz 6 f zu § 24 GWB). Es wurde von einem abstrakten Gefährdungstatbestand ausgegangen. Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist dann in einem zweiten Prüfungsschritt, bei dem es um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zu berücksichtigen.“*²³²

²²⁸ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, 259.

²²⁹ *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) 61 ff, 110 ff.

²³⁰ *Solé*, Verfahren vor dem Kartellgericht (2006) 250; *Wessely*, Fusionskontrolle: Berechnung der Aufgriffsschwellen, ecolex 1999, 405; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 37

²³¹ Vgl OGH als KOG 17.12.2001, 16 Ok 9/01 (SZ 74/199); OGH als KOG 1.07.2002, 16 Ok 2/02 (SZ 2002/91); OGH als KOG 10.03.2003 – Postbus; OGH als KOG 27.02.2006, 16 Ok 49/05 (RdW 2006, 506); OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – EPH (RdW 2009, 470).

²³² OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

Daraus lässt sich nicht ableiten, dass der OGH diese Ausführungen bloß auf einen unmittelbaren Beteiligungserwerb iSd § 7 Abs 1 Z 3 KartG beschränken wollte. Vielmehr genügt es, dass beim mittelbaren Beteiligungserwerb die Einflussintensität jener beim unmittelbaren Beteiligungserwerb gleichkäme (maW jener bei einer unmittelbaren Beteiligung von 25% oder mehr).²³³

b. Die mögliche Umgehung einer 25-prozentigen Beteiligung

Bei der Beurteilung des Anteilserwerbs kann es auch auf die Anteile an Stimmrechten ankommen, wenn auch der Anteil am Grundkapital unter 25% liegt, damit aber mehr als 25% der Stimmrechte verbunden sind.²³⁴ Fraglich ist jedoch, wie ein Beteiligungserwerb von knapp unter 25% zu behandeln ist, wenn es sich um einen Umgehungsversuch handelt. Dazu meint Koppensteiner, dass solche Konstrukte insbesondere dann von § 7 Abs 1 Z 3 KartG erfasst sein sollen, wenn dem Gesellschafter vertragliche Rechte eingeräumt werden, welche üblicherweise nur mit einer Sperrminorität verbunden sind.²³⁵ Dies ist im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß § 20 KartG, welcher derartige Umgehungsstrukturen zu unterbinden versucht, grundsätzlich richtig. Gegen diese Ansicht hat sich *Wessely* ausgesprochen, welche meint, dass mit einer 25-prozentigen Beteiligung idR keine Sperrminorität verbunden ist, sondern vielmehr im Regelfall mit „25 Prozent plus eine Stimme“.²³⁶ Daher habe laut ihr ein 25%-Gesellschafter nicht mehr rechtliche Möglichkeiten als zB ein 10%-Gesellschafter, dafür aber mehr wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten. Ihrer Meinung nach müsse man daher auf die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten abstellen, welche der Gesetzgeber zunächst bei 25% festgelegt hat und im Rahmen dieses Zusammenschlusstatbestands die rechtlichen Möglichkeiten außer Acht lassen. Auch diese Argumentation kann überzeugen, zumal allfällige rechtliche Beherrschungsmöglichkeiten (zumeist jedoch nicht bei einer bloßen Sperrminorität) vom Auffangtatbestand des § 7 Abs 1 Z 5 KartG erfasst werden. Eine Ausdehnung der ohnehin schon weit angesetzten Mitumfassung von 25-prozentigen Beteiligungen könnte hier wohl tatsächlich als überzogen angesehen werden, da der Gesetzgeber in diesem Zusammenschlusstatbestand – wie eingangs geschildert – nur auf die Höhe der Beteiligung abzielt und weitere Tatbestandsmerkmale grundsätzlich außer Acht lässt.

Das Kartellgericht hat diesen Tatbestand im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß § 20 KartG großzügig interpretiert und entschieden, dass ein

²³³ OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – EPH (RdW 2009, 470).

²³⁴ Vgl *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 45 mwN.

²³⁵ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) 258.

²³⁶ *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 53 mwN.

Vorhaben trotz einer Beteiligung von 24,9% nach 7 Abs 1 Z 3 KartG anmeldepflichtig sei, wenn das Beteiligungsausmaß auf Grund der Satzungsgestaltung der Erreichung einer 25-prozentigen Beteiligung gleichkommen würde.²³⁷ Dies entspricht dem oben genannten Gedanken des Wettbewerbsrechts, auch Umgehungsstrukturen zu erfassen.²³⁸ Ähnlich wird auch – wie oben beschrieben – in den Fällen des mittelbaren Beteiligungserwerbs nicht nur auf die Höhe des Anteilserwerbs, sondern auf die Einflussintensität abgestellt.

II. Der beherrschende Einfluss nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG

Allgemein wird der Kontrollerwerb gemäß § 7 Abs 1 Z 5 KartG als Auffangtatbestand bzw als Generalklausel gedeutet und erfasst einerseits den erstmaligen Kontrollerwerb und andererseits den Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle.²³⁹ Wie bereits erwähnt ist dieser Tatbestand wohl weitgehend mit Art 3 Abs 1 lit b FKVO gleichzusetzen.²⁴⁰ Dies hat auch der OGH in seiner *Gratiszeitungen*-Entscheidung bestätigt:

„Der Begriff des beherrschenden Einflusses im innerstaatlichen Fusionskontrollrecht ist inhaltsgleich mit dem gemeinschaftsrechtlichen Begriff des bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit eines Unternehmens (Art 3 FKVO).“²⁴¹

Der OGH, welcher ebenso wie die unionsrechtliche Rsp zwischen alleiniger und gemeinsamer Kontrolle unterscheidet, zitiert die Konsolidierte Mitteilung sowie die Lit zum EU-Recht und definiert die Beherrschung nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG folgendermaßen:

„Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn jeder Beteiligte die Möglichkeit zur Beeinflussung strategischer Entscheidungen hat, sie also ohne die anderen Partner nicht getroffen werden können (16 Ok 5/99 = ÖBI 2001, 94 - Asphaltmischwerk I mwN) und die Beteiligten bei strategischen Entscheidungen, die das gemeinsame Unternehmen betreffen, aufeinander angewiesen sind (Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 82; vgl 16 Ok 15/98 = ÖBI 1999, 132 - Asphaltmischanlage). Zur Erlangung gemeinsamer Kontrolle ist es jedoch nicht erforderlich, dass der Erwerber einen bestimmenden Einfluss auf das Tagesgeschäft des Unternehmens ausüben kann. Entscheidend ist, dass die Vetorechte der Muttergesellschaft ausreichen, um das strategische Wirtschaftsverhalten zu beeinflussen. Zu diesem Bereich zählen Entscheidungen über das Budget, den

²³⁷ OLG als KG 5.8.2004, 26 Kt 132/04 – Morawa Grosso.

²³⁸ Vgl auch *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 8.

²³⁹ Vgl *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 82 ff.

²⁴⁰ So auch *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar, 134 mwN.

²⁴¹ OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 7/07 (ÖBI 2008, 244 = RdW 2008, 336); vgl weiters *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 74 mit Verweis auf OGH als KOG 16.12.2002, 16 Ok 9/02 (ÖBI 2003, 280): Der OGH setzte hierbei die „gemeinsame Beherrschung“ mit der „gemeinsamen Kontrolle“ im Rahmen des § 7 Abs 2 KartG gleich).

Geschäftsplan, größere Investitionen oder die Besetzung der Unternehmensleitung (Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem der VO {EG} 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen Rz 67; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht Art 3 FKVO Rz 15).

Alleinige Kontrolle wird erworben, wenn aufgrund einer Gesamtschau aller dem Erwerber zustehenden Einflussmöglichkeiten dieser allein in der Lage ist, das strategische Wettbewerbsverhalten eines Unternehmens zu bestimmen. Alleinige Kontrolle liegt nicht nur vor, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit an einem anderen Unternehmen hält, also strategische Geschäftsentscheidungen gegen den Willen der anderen Gesellschafter durchsetzen kann, sondern etwa auch dann, wenn ein einzelner Gesellschafter strategische Entscheidungen durch ein Veto verhindern, nicht jedoch allein durchsetzen kann (sog „negative alleinige Kontrolle“; Hoffer, KartG 133f; Immenga/Körber aaO Rz 36 und 72; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner aaO Rz 12; Konsolidierte Mitteilung der Kommission Rz 54). Letzteres ist etwa bei einer Stimmrechtsverteilung zwischen drei Gesellschaftern von 50:25:25 der Fall, weil der Hälftegesellschafter die mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschlüsse blockieren kann und damit die negative alleinige Kontrolle ausübt (Urlesberger aaO Rz 80; vgl 16 Ok 5/99 = ÖBI 2001, 94 - Asphaltmischwerk I, wo im Fall der genannten Stimmrechtsverteilung keine gemeinsame Kontrolle der Gesellschafter angenommen worden ist).“²⁴²

Somit übernimmt der OGH grundsätzlich die gesamte Kontrolldefinition der FKVO und der Konsolidierten Mitteilung (vgl oben unter Punkt B.). Wie auch im Rahmen von Art 3 FKVO genügt also gemäß § 7 Abs 1 Z 5 KartG die bloße Möglichkeit, beherrschenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben. Nicht erforderlich ist hingegen, dass ein solcher Einfluss dann auch tatsächlich ausgeübt wird oder dass die Erlangung von Kontrolle erklärte Absicht der Parteien ist.²⁴³ Die Beherrschung kann wie im Unionsrecht positiv (durch Einflussmöglichkeiten) oder negativ (durch Vetorechte) vermittelt werden.²⁴⁴ Es kann sich um eine alleinige oder eine gemeinsame Kontrolle handeln.

a. Die Frage nach einer eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Definition des beherrschenden Einflusses

Fraglich ist in weiterer Folge, ob und inwiefern sich der Beherrschungsbegriff des österreichischen Kartell- und Zusammenschlussrechts von jenem des Gesellschaftsrechts unterscheidet. Von einem weiteren Beherrschungsbegriff des Zusammenschlussrechts im

²⁴² OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 7/07 (ÖBI 2008, 244 = RdW 2008, 336).

²⁴³ OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 1/07 – Haftungsverbund III (SZ 2007/46 = RdW 2007, 605).

²⁴⁴ Zu dieser Diskussion im Rahmen des österreichischen Rechts insbesondere auch *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 72 ff mwN.

Vergleich zur gesellschaftsrechtlichen Definition geht zB Wessely²⁴⁵ aus, welche auf die unterschiedlichen Zwecke des Kartellrechts und des Gesellschaftsrechts verweist. Es stünden dabei nämlich nicht die Gesellschafter- oder Gläubigerschutzüberlegungen im Vordergrund, sondern das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs. Auch der OGH beruft sich auf diese Ausführungen eines „weiten Beherrschungsbegriffes“ und geht von einer „eigenständige(n) Interpretation“ des beherrschenden Einflusses aus, „die sich nicht notwendig mit jenen der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen decken“ müsse.²⁴⁶ Diese Beherrschung sei gegeben, wenn „wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien dieses Unternehmens bestimmt oder zumindest wettbewerbliche Aktivitäten des anderen Unternehmens, sofern sie gegen das eigene Unternehmen gerichtet sind, verhindert werden können.“

In einer weiteren Entscheidung (EPH)²⁴⁷ bestätigt der OGH diese Ansicht und begründet sie weiters mit dem Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach § 20 KartG. Zunächst hält der OGH fest, dass in Anlehnung an die vom EuGH entwickelten Kriterien von einem funktionalen Unternehmensbegriff auszugehen sei, wonach der Begriff des Unternehmens funktional aus dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsregeln und somit weit auszulegen sei. Erfasst sei jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (zum unionsrechtlichen Unternehmensbegriff im Zusammenschlussrecht, vgl oben unter Punkt B.I.). Mit Verweis auf seine *Brau Union*-Entscheidung²⁴⁸ (s ausführlicher dazu unten unter Punkt F.II.) stellt der OGH darüber hinaus fest:

„5.2. Für das Vorliegen beherrschenden Einflusses ist entscheidend, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen seine eigenen wettbewerblischen Interessen in einem anderen Unternehmen durchsetzen kann. Dies ist der Fall, wenn es wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens bestimmen kann (16 Ok 16/04 - Brauerei Schladming). Entscheidende Materien sind hier die Entscheidung über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung, Entscheidungen über das jährliche Budget, Entscheidungen über den jährlichen Business-Plan und Entscheidungen über strategisch wichtige Investitionen, wobei jedoch bereits die Kontrolle über einzelne dieser Angelegenheiten ausreichen kann (Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 7 Rz 69 f; ausführlich 16 Ok 7/07).“

²⁴⁵ Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 78 ff; ähnlich im deutschen Recht zB *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 36 Rn 50 ff.

²⁴⁶ OGH als KOG 17.12.2001 16 Ok 9/01 (SZ 74/199); weiters OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

²⁴⁷ OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – EPH (RdW 2009, 470).

²⁴⁸ OGH als KOG 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – Brau Union (ÖB1 2005, 272).

5.3. Der kartellrechtliche Beherrschungsbegriff ist weiter als derjenige des Gesellschaftsrechts (16 Ok 16/04 - Brauerei Schladming). Ein beherrschender Einfluss im Sinne von § 7 Abs 1 Z 5 KartG ist daher jedenfalls anzunehmen, wenn die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen eines Konzerns (vgl § 15 AktG, § 115 GmbHG) erfüllt sind. Auch wenn diese nicht erfüllt sind, liegt aber ein Zusammenschluss vor, wenn eine Beherrschung bloß möglich ist, nicht aber tatsächlich ausgeübt wird (Reidlinger/Hartung, Kartellrecht 150; Urlsberger aaO § 7 KartG Rz 64; 16 Ok 9/01 - Wolters Kluwer/Linde, 16 Ok 4/05 - Spar). Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung des § 7 Abs 1 Z 5 KartG, wonach darauf abzustellen ist, ob ein beherrschender Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden „kann“ [...]“²⁴⁹

In dieser Entscheidung und in der weiter unten im Rahmen des Konzernprivilegs nach § 7 Abs 4 KartG erläuterten *Brau Union*-Entscheidung²⁵⁰ fasst der OGH am Besten zusammen, weshalb er von einem eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Beherrschungsbegriff ausgeht. Sowohl hinsichtlich des Unternehmensbegriffes als auch im Rahmen des Beherrschungsbegriffes ist grundsätzlich dem Ansatz des OGH und *Wessely* beizupflichten, wonach diese Begriffe nach den Regelungs- und Schutzzwecken des Wettbewerbsrechts auszulegen sind.

Diese unterscheiden sich insofern, als für das Gesellschaftsrecht der Minderheiten- und Gläubigerschutz der Abwehr vor einer Ausbeutung der beherrschenden Gesellschaft dient, wobei auch eine gewisse Flexibilität des Konzernbegriffes beibehalten werden muss (vgl dazu oben, 1. Kapitel unter Punkt D.). Im Gegensatz dazu bezweckt das Wettbewerbsrecht den Schutz des Wettbewerbs und des Marktes. Diese Zwecke werden im KartG einerseits durch Marktstrukturkontrolle und andererseits durch Marktverhaltenskontrolle implementiert. Dabei handelt es sich insbesondere um öffentlichrechtliche Zwecke, wobei privatrechtliche Interessen (zB im Rahmen von Schadenersatzklagen) nebenrangig und nicht Hauptzweck des Kartellrechts seien.²⁵¹ Dagegen dient das gesellschaftsrechtliche Konzernrecht primär dem privatrechtlichen Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern. Diese Regelungs- und Schutzzwecke scheinen daher auf dem ersten Blick grundverschieden, weshalb im Prinzip einer eigenständigen Beherrschungsdefinition im Wettbewerbsrecht beizupflichten ist. Im Lichte dieser Auslegung wird angenommen, dass ein Einfluss auf die für das Wettbewerbsrecht

²⁴⁹ OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – EPH (RdW 2009, 470).

²⁵⁰ OGH als KOG 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – Brau Union (ÖBI 2005, 272).

²⁵¹ So zB OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 8/08 (OZK 2008, 229 = ÖBI 2009, 135) Rn 5.15 zur Verwertbarkeit von Akten aus einem anderen Verfahren vor dem Kartellgericht.

relevante strategische Geschäftsführung gegeben ist, wenn dieser Einfluss wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens erfasst.²⁵²

b. Die Frage nach den faktischen Unterschieden zwischen der wettbewerbsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Definition

In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob sich die an und für sich richtige Bildung eines eigenen wettbewerbsrechtlichen Beherrschungsbegriffs auch tatsächlich auf die Prüfung einer solchen Beherrschung auswirkt.

Wessely und auf sie verweisend der OGH argumentieren einerseits, dass es im Gegensatz zum gesellschaftsrechtlichen Beherrschungsbegriff nicht auf die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses, sondern um eine bloße Ausübungsmöglichkeit gehe. Dabei wird allerdings übersehen, dass auch § 15 Abs 2 AktG sowie § 115 Abs 2 GmbHG nicht von einer tatsächlichen Ausübung des beherrschenden Einflusses ausgehen. Eine solche tatsächliche Ausübung ist lediglich zur Erfüllung der § 15 Abs 1 AktG sowie § 115 Abs 1 GmbHG notwendig, welche im Gegensatz zu Abs 2 nicht bloß den beherrschenden Einfluss als potentielle Konzernierung, sondern den Konzern selbst definieren. Ginge man nämlich auch in Abs 2 von der tatsächlichen Ausübung eines beherrschenden Einflusses aus, wäre diese Bestimmung redundant, weil sie sich völlig mit jener des Abs 1 decken würde. Zusammenfassend geht heute die hA im Rahmen des Abs 2 von einer (widerlegbaren) Vermutung aus, dass im Falle des Vorhandenseins einer bloßen Ausübungsmöglichkeit eines beherrschenden Einflusses auch eine wirtschaftliche Einheit (dh der eigentliche Konzern) iSd Abs 1 vorliegt (s dazu eingehend oben, 1. Kapitel unter Punkt B.). Speziell aus diesem Grund ergibt sich keine wirkliche Unterscheidung zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Wettbewerbsrecht, wenn nämlich die korrespondierende Bestimmung (dh jeweils der zweite Absatz von § 15 AktG und § 115 GmbHG) mit dem Beherrschungsbegriff des § 7 Abs 1 Z 5 KartG verglichen wird.

Auch auf Grund der Systematik des § 7 KartG kann man § 15 Abs 2 AktG sowie § 115 Abs 2 GmbHG als Interpretationsgrundlage für § 7 Abs 1 Z 5 KartG nicht gänzlich von der Hand weisen. Im Rahmen der Konzernausnahme des § 7 Abs 4 KartG wird ausdrücklich auf die Konzerndefinition der § 15 AktG und § 115 GmbHG verwiesen (s dazu eingehend unten, unter Punkt F.). Deshalb ist auch systematisch schwer argumentierbar, dass zwar im Rahmen von § 7 Abs 4 KartG, in dem genauso das öffentliche Interesse an der

²⁵² OGH als KOG 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – Brau Union (ÖBl 2005, 272); weiters *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 67.

Aufrechterhaltung des Wettbewerbs vordergründig ist, auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zurückzugreifen sein soll, nicht jedoch im Rahmen von § 7 Abs 1 KartG.

Ein weiteres und das wohl wichtigste Argument, weshalb auch im Rahmen des Wettbewerbsrechts auf die gesellschaftsrechtliche Beherrschungsdefinition verwiesen werden kann, ist, dass es im Rahmen des Prüfungsvorganges, ob eine Beherrschung vorliegt, bei den „strategischen Entscheidungen“²⁵³ in beiden Rechtsgebieten weitgehend auf dieselben Voraussetzungen und Merkmale ankommt. Bereits in seiner *Spar*-Entscheidung²⁵⁴ hatte der OGH festgestellt:

„Der Senat hat auch schon ausgesprochen, dass das Tatbestandsmerkmal des beherrschenden Einflusses auf ein anderes Unternehmen dann nicht gegeben ist, wenn diesem die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmerfunktion offensteht, wozu insbesondere die Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen (Aufnahme, Fortführung oder Einstellung des Betriebs auf eigene Rechnung, Branchenwechsel, Lieferantenwechsel uä), die Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie eigene personalpolitische Entscheidungen (Aufnahmen, Ausbildung, Kündigungen, individuelle Lohn- und Gehaltsregulierungen usw) zählen (KOG Okt 21/74 = ÖBl 1974, 91 - Tankstellenbetrieb) [...]“

Insbesondere seien laut OGH die Kriterien der eigenen Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, der Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie der eigenen personalpolitischen Entscheidungen zu beachten.²⁵⁵ Weitere Beispiele dafür, dass im Zusammenschlussrecht de facto dieselben Kontrollmechanismen wie im Gesellschaftsrecht heranzuziehen sind, liefert die oben zitierte *Gratiszeitungen*-Entscheidung des OGH. Dort anerkannte das Höchstgericht die Festlegung der Grundsätze der Unternehmenspolitik, die Vorbereitung und Abwicklung von Beteiligungs- und Finanzierungsgeschäfte sowie die Entscheidung über unternehmensstrategische Fragen (zB zahlreiche Unternehmenskäufe) als kontrollvermittelnd. Auch die Führung des gesamten Rechnungswesens der Zielgesellschaft (Buchhaltung, elektronischer Zahlungsverkehr, Cash-Management) spielte hierbei eine Rolle.²⁵⁶ Dabei wurde zusätzlich zu den Beteiligungsverhältnissen und der Vertragslage auch geprüft, ob ein faktisches gemeinsames Vorgehen bestand. Dieser Prüfungsvorgang bzw die in den *Spar* und *Gratiszeitungen*-Entscheidungen des OGH geprüften Kontrollbereiche überschneiden sich

²⁵³ OGH als KOG 13.9.1999, 16 Ok 5/99 – Asphaltmischwerk I (ÖBl 2001, 94) mwN; weiters OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22).

²⁵⁴ OGH als KOG, 4.4.2005, 16 Ok 4/05 – Spar (ÖBl 2005, 225).

²⁵⁵ Ebenso *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht I (2000) E 14. a) mit Verweis auf OGH als KOG 27.5.1974, Okt 21/74 – Tankstellenbetrieb (ÖBl 1974, 91).

²⁵⁶ OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 7/07 (ÖBl 2008, 244 = RdW 2008, 336); weiterführend auch *Hoffer*, Alleinige und gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen, ÖBl 2008, 248 f.

nämlich nicht nur mit jenen von Art 3 FKVO, sondern stimmen auch weitgehend mit jenen nach § 15 AktG bzw § 115 GmbHG überein (vgl dazu oben, 1. Kapitel).

Denn auch im dargestellten EU-Recht ist bei der Definition des Kontrollbegriffs zu keinem Zeitpunkt von einem bloß auf das Wettbewerbsrecht abstellenden Einfluss die Rede. Dort werden, wie bereits oben erwähnt, als Kernmaterien (i) Entscheidungen über die Ernennung und die Abberufung der Geschäftsführung, (ii) Entscheidungen über das jährliche Budget bzw (iii) den jährlichen Businessplan sowie (iv) Entscheidungen über strategisch wichtige Investitionen genannt. Nicht ausschlaggebend sollen Entscheidungen über Einzelheiten des Tagesgeschäfts sein.²⁵⁷ Wie auch schon oben unter Punkt B.V. festgestellt wurde, sollte bei der Beurteilung der Kontrolle im Rahmen des Zusammenschlussesrechts auf die wirtschaftliche Realität abgestellt werden, in welcher die Beherrschungsmöglichkeiten zwar viele Facetten haben, sie sich jedoch in gewissen strategisch wichtigen Bereichen ausdrücken. Diese unterscheiden sich in der Praxis kaum von jenen des Gesellschaftsrechts. So wird auch zB die von *Mestmäcker/Veelken* in den Vordergrund gestellte Wirtschaftsplanung des Tochterunternehmens bzw der Einfluss bzgl seiner Stellung am Markt²⁵⁸ regelmäßig durch die finanzielle Kontrolle vermittelt. Die Autoren unterstreichen dabei auch die Wichtigkeit der Entscheidung über die Tätigkeitsbereiche des Unternehmens in Forschung, Investitionen, Produktion und Vertrieb, welche letzten Endes auch im Rahmen des Gesellschaftsrechts die notwendige Kontrolle vermitteln (vgl dazu auch 1. Kapitel unter A.IV.c. und d.). Daher scheint sich das Gebilde eines kartell- oder zusammenschlussrechtlichen Beherrschungsbegriffs schlussendlich kaum von der gesellschaftsrechtlichen Definition zu unterscheiden, weshalb im Ergebnis auch weitgehend auf letztere verwiesen werden kann. Als Mittel für den beherrschenden Einfluss kommen alle rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen in Betracht, die dem herrschenden Unternehmen eine gesicherte Möglichkeit der Einflussnahme geben, so zB Syndikatsverträge, Sonderrechte in Gesellschaftsverträgen, Sonderrechte auf Grund von Satzungen oder von Verträgen²⁵⁹. Auch in dieser Hinsicht deckt sich die zusammenschlussrechtliche Definition des beherrschenden Einflusses mit der gesellschaftsrechtlichen.

Wie im 1. Kapitel beschrieben, wird der beherrschende Einfluss nach § 15 Abs 2 AktG sowie § 115 Abs 2 GmbHG va als Vermutung interpretiert, wonach bei Vorhandensein eines solchen ein Konzern nach Abs 1 vorliegt. Da der beherrschende Einfluss nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG – wie auch in den § 15 Abs 2 AktG sowie § 115 Abs 2 GmbHG – die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmensfunktionen bedeutet, lehnt sich auch ein Teil

²⁵⁷ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 67 ff mwN.

²⁵⁸ *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 36 Rn 51.

²⁵⁹ *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 79 f.

der Lehre²⁶⁰ zur Auslegung des Begriffs an die Ausführungen zur gesellschaftsrechtlichen Definition an. Dieser Ansicht ist mE schlussendlich zuzustimmen. Wie bereits erwähnt, ist es zwar dogmatisch richtig, in jedem Rechtsgebiet die Rechtsbegriffe eigens zu definieren und zu interpretieren. Das Gesellschaftsrecht und das Wettbewerbsrecht haben auch zweifelsohne unterschiedliche Regelungs- und Schutzzwecke. Allerdings ergeben sich gerade bei der Definition der Kontrolle bzw der Beherrschung, wie in diesem Kapitel ausführlich dargelegt wurde, faktisch kaum bis gar keine Unterschiede zwischen Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, da es letzten Endes um dieselben Kontrollmechanismen bzw zu prüfenden Unternehmensbereiche geht.

E. Exkurs: Der Konzern im Rahmen der Umsatzerlösberechnung gemäß § 22 Z 1 iVm § 7 KartG

Wird einer der in § 7 KartG aufgezählten Tatbestände erfüllt, liegt also ein Zusammenschluss im Sinne des Gesetzes vor. Anmeldebedürftig ist ein solcher Zusammenschluss jedoch nur, wenn die beteiligten Unternehmen – nach § 22 Z 1 KartG auch unter Einberechnung jener Unternehmen, die mit diesen beteiligten Unternehmen gemäß § 7 KartG verbunden sind – die Umsatzschwellen des § 9 KartG erreichen. Im Zusammenhang mit der Berechnung der Umsatzerlöse in einem Konzern stellen sich va im Rahmen von § 22 Z 1 iVm § 7 Abs 1 KartG wesentliche Fragen. Diese Bestimmungen zu den Umsatzschwellen sind va deswegen von Bedeutung, weil der OGH selbst in seinen Entscheidungen zum Konzernprivileg (s dazu weiter unten, unter F.I. und II.) auf sie verweist. Des Weiteren ist die Problematik der Umsatzschwellenberechnung – wie zu sehen sein wird – stets mit Fragen zum Konzern und zum beherrschenden Einfluss eng verknüpft.

I. Die beteiligten und verbundenen Unternehmen

Zunächst gilt es jedoch zu klären, welche Konstrukte tatsächlich als „beteiligte Unternehmen“ iSd § 9 Abs 1 KartG gemeint sind. Für *Hoffer*²⁶¹ sind dies jene Unternehmen, die den Zusammenschluss unmittelbar durchführen bzw unmittelbar davon erfasst werden. Dabei gilt es je nach den Fällen des § 7 Abs 1 KartG zu differenzieren. Jedenfalls zu den beteiligten Unternehmen gehören das Zielobjekt des Erwerbs nach Z 1 und 2 sowie des Beteiligungserwerbs nach Z 3. Auch das erwerbende Unternehmen gehört in diesen Fällen unstrittig dazu. Ähnlich gelten im Rahmen der Z 5 das Unternehmen, das einen

²⁶⁰ So *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, § 13 Rn 34 und *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht (1996) 116 f.

²⁶¹ *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar, 149.

beherrschenden Einfluss erwirbt und jenes, an dem dieser erworben wird, als beteiligte Unternehmen. Der Veräußerer wird grundsätzlich nicht als „beteiligtes Unternehmen“ erfasst, außer er bleibt mit dem Zielunternehmen in der im § 7 Abs 1 KartG beschriebenen Form verbunden.²⁶²

Zusätzlich zu den Umsatzerlösen der beteiligten Unternehmen nach § 9 KartG sind nach § 22 Z 1 KartG jene Umsatzerlöse miteinzuberechnen, die von Unternehmen erzielt werden, welche in der im § 7 KartG beschriebenen Form mit den beteiligten Unternehmen verbunden sind. Innenumsätze, maW Umsätze aus Lieferungen und Leistungen zwischen diesen Unternehmen, sind davon ausgenommen.²⁶³ Dies bedeutet, dass sogar im Falle einer bloß 25%-igen Beteiligung an einem Unternehmen beide Unternehmen für die Berechnung der Schwellenwerte als ein einziges gelten.

Letzten Endes spielen die Zusammenschlusstatbestände des § 7 Abs 1 KartG eine dreifache Rolle:

- in einem ersten Schritt bei der Prüfung, ob überhaupt ein Zusammenschluss im Sinne dieser Bestimmung vorliegt;
- in einem zweiten Schritt bei der Prüfung, welche Unternehmen zur Berechnung der Umsatzerlöse je nach Fallkonstellation des § 7 KartG beteiligte Unternehmen iSd § 9 Abs 1 KartG sind;
- und schließlich in einem dritten Schritt – erneut zur Berechnung der Schwellenwerte – bei der Prüfung, ob gemäß § 22 Z 1 KartG an diesen beteiligten Unternehmen weitere gemäß § 7 KartG verbunden sind.

Aus diesen Gründen ist auch bei einem Zusammenschluss innerhalb eines Konzerns zu differenzieren. Vorweg ist festzuhalten, dass im österreichischen Recht nicht *expressis verbis* der Konzern des jeweiligen beteiligten Unternehmens (bzw der diesem zu Grunde liegende beherrschende Einfluss) für die Umsatzzusammenrechnung herangezogen wird und die erfassten Unternehmen auch nicht konkret aufgezählt werden, sondern sich § 22 Z 1 KartG bloß mit einem Verweis auf einen Verbund nach § 7 KartG begnügt. Dies sorgt jedoch für einige Unklarheiten. Jedenfalls als verbundene Unternehmen iSd § 22 Z 1 iVm § 7 Abs 1 KartG anzusehen sind vertikal verbundene Konzernunternehmen (bzw bereits Unternehmen, die in einem Beherrschungsverhältnis nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG stehen) anzusehen, weil die Tatbestände des § 7 Abs 1 KartG in dieser Hinsicht noch viel weiter gehen als die Konzerndefinition des § 15 AktG und des § 115 GmbHG. Daher sind alle (Groß-)Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaften erfasst. Fraglich ist allerdings, wie horizontale

²⁶² *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar, 150; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht², 168 f.

²⁶³ Vgl auch *Urlesberger/Haid* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 22 Rn 13.

Verbundenheitsverhältnisse bei der Berechnung der Umsatzschwellenwerte zu behandeln sind. Dies wird im Gesetz nicht näher definiert und führt zu mehreren Interpretationsmöglichkeiten. Alleine vom Gesetzeswortlaut her wären beispielsweise Umsätze einer Schwestergesellschaft des Erwerbers grundsätzlich nicht miteinzubeziehen, wenn beide Unternehmen nicht zusätzlich in einem Verhältnis gemäß § 7 KartG stehen.

Laut *Wessely*²⁶⁴ erscheint es im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß § 20 KartG notwendig, auch solche Unternehmen zu erfassen, die horizontal im Rahmen eines beherrschenden Einflusses mit dem beteiligten Unternehmen verbunden sind. Sinn und Zweck dieser Regelung sei es nämlich, das gesamte wirtschaftliche Gewicht der „Gruppe“ einzubeziehen, weshalb ihrer Ansicht nach dabei auch die Umsätze der zur wirtschaftlichen Einheit des Konzerns gehörenden Schwester-, Tanten- oder Kusinenunternehmen erfasst werden müssen.²⁶⁵ Damit wäre auch verhindert, dass die betroffenen Unternehmen durch die Auslagerung der Umsätze auf Tochterunternehmen die Erreichung der Umsatzschwellen umgehen. *Koppensteiner*²⁶⁶ bedient sich zur Erfassung der Schwestergesellschaften zusätzlich einer analogen Anwendung des Auffangtatbestandes des § 7 Abs 1 Z 5 KartG, weil Schwestergesellschaften – wie bereits erwähnt – nicht zum Unternehmensverbund gehören. Mit dieser Begründung ist die Abstellung auf den beherrschenden Einfluss eher nachvollziehbar und auch mit den europarechtlichen Bestimmungen, welche hierbei ausdrücklicher auf den gesamten Unternehmensverbund abstellen, in Einklang zu bringen.

Wie bereits angedeutet, sorgt das EU-Fusionskontrollrecht für etwas mehr Klarheit. Art 5 Abs 4 FKVO stellt die in Frage kommenden Unternehmensverbindungen genauer da. Die Konsolidierte Mitteilung beruft sich dabei ausdrücklich auf den Konzern.²⁶⁷ Laut Art 5 Abs 4 FKVO sind neben dem Umsatz des unmittelbar beteiligten Unternehmens (lit a) jener seiner Tochtergesellschaften (lit b), seiner Muttergesellschaften (lit c), der anderen Tochtergesellschaften seiner Muttergesellschaften (lit d) und aller anderen Unternehmen umfasst, die von zwei oder mehreren der Konzernunternehmen gemeinsam kontrolliert werden, zusammenzurechnen.²⁶⁸ Im Rahmen des Art 5 Abs 4 FKVO werden also all jene Unternehmen aufgezählt, welche von der Umsatzberechnung erfasst sein sollen.

²⁶⁴ *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 113; *dieselbe*, *ecolex* 1994, 476, 478 f; ähnlich auch *Urlesberger/Haid* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 22 Rn 11 f.

²⁶⁵ So auch OGH als KOG 9.12.1996, 16 Ok 6/96 (SZ 69/273); weiters OGH als KOG 17.12.2001, 16 Ok 9/01 (SZ 74/199).

²⁶⁶ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, 265.

²⁶⁷ Rn 175 ff.

²⁶⁸ Vgl zB *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rn 4891; *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle (1995) 260 ff.

Im Ergebnis wird auch im österreichischen Recht durch die oben angeführte Miteinbeziehung des gesamten Unternehmensverbundes nichts anderes bewirkt als durch die unionsrechtlichen Bestimmungen. Anstelle der Verweise auf die „Verbundenheit“ iSv § 7 Abs 1 KartG hätte man – wohl nicht zum ersten Mal – aus Einfachheitsgründen den Wortlaut der FKVO übernehmen können und sich damit diverse Analogien und umständliche Interpretationsversuche erspart.

Sowohl im österreichischen Recht als auch im EU-Recht wird letzten Endes nicht bloß die wirtschaftliche Einheit in die Umsatzberechnungen miteinbezogen. Die Definition der „verbundenen Unternehmen“ iSd § 22 Z 1 KartG bzw jene des „Konzerns“ nach Art 5 Abs 4 FKVO geht eigentlich viel weiter als jene der wirtschaftlichen Einheit im Allgemeinen, unabhängig davon, ob man letztere durch die bloße Kontrollmöglichkeit oder die Ausübung einer einheitlichen Leitung definiert. Denn durch das Abstellen auf – ähnlich wie oben in D.I.a. dargestellt – sog. „abstrakte Gefährdungstatbestände“ (im österreichischen Recht würde ja bereits eine Beteiligung von 25% genügen, im EU-Recht gibt es auch beherrschungsunabhängige Schwellen), werden Unternehmen in die Umsatzberechnung miteinbezogen, welche keiner Definition der wirtschaftlichen Einheit gerecht werden könnten. Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei im Rahmen der Umsatzschwellenberechnung um eine bewusste Maßnahme des Gesetzgebers, welcher vorsichtigerweise so viele Unternehmen wie möglich miteinbeziehen wollten, um das rein wirtschaftliche Gewicht der Beteiligten darzustellen.

II. Die Beteiligung eines staatlichen Unternehmens (Staatsholdingprinzip)

Im Falle der Beteiligung durch einen Mitgliedstaat an einem nach Art 5 Abs 1 FKVO am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sieht das EU-Wettbewerbsrecht vor, dass die Umsatzerlöse anderer Beteiligungen des Mitgliedstaates (maW der „Schwesterunternehmen“ des betroffenen Unternehmens) nur dann erfasst werden, sofern diese mit dem betroffenen Unternehmen in einer Holding oder sonst zu einer „mit autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestatteten wirtschaftlichen Einheit“ zusammengefasst sind. Anderenfalls gelten diese Unternehmen nicht als Konzern nach Art 5 FKVO und es werden deren Umsatzerlöse beim Zusammenschluss nicht miteinberechnet.²⁶⁹

Zur Erfassung als „Staatsholding“ müssen die Unternehmen derselben Holding angehören und einer bestimmten koordinierten Strategie unterliegen. Dies geht aus der Konsolidierten Mitteilung hervor und wird damit begründet, dass Art 5 Abs 4 FKVO im

²⁶⁹ Vgl Konsolidierte Mitteilung Rn 192 ff.

Zusammenhang mit dem zwölften Erwägungsgrund der FKVO zu lesen sei, wonach der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen öffentlichem und privatem Sektor zu beachten ist. Die wichtigste Überlegung dabei ist, dass die Beteiligungen eines Staates regelmäßig so weit gestreut sind und uneinheitlich geleitet werden, dass von einer Unternehmenseinheit überhaupt keine Rede mehr sein kann.²⁷⁰

Auch aus der unionsrechtlichen Jud geht heraus, dass die Zusammenfassung von staatlichen Beteiligungen in einer Staatsholding nicht zwangsläufig zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit führt.²⁷¹ So hat beispielsweise die Kommission in der Entscheidung *Siemens/Italtel*²⁷² festgestellt:

*„Obgleich IRI letztendlich die Holding sowohl von Finmeccanica, die 50 % des Stammkapitals des Gemeinschaftsunternehmens Marconi/Finmeccanica besitzt, als auch von STET, die mit 50 % an dem Gemeinschaftsunternehmen Siemens/Italtel beteiligt sein wird, besteht keine Verbindung zwischen STET und Finmeccanica, die beide als selbständige wirtschaftliche Einheiten tätig sind und ihr Geschäft unabhängig voneinander betreiben.“*²⁷³

Dabei sei das „resultierende Potential für eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens minimal“ gewesen.

Diese Regelung gilt im Rahmen der Umsatzerlösberechnung nach der Rsp nicht im österreichischen Recht. Der OGH hat zunächst recht eindeutig ausgesprochen, dass für Unternehmenszusammenschlüsse keine Sonderregelungen für Unternehmen der öffentlichen Hand oder für solche, an denen diese beteiligt ist, bestehen, sodass Beteiligungen einer Gebietskörperschaft so zu behandeln seien wie jede andere Beteiligung. So stellte das Höchstgericht Folgendes fest:

„Der Hinweis der Rekurswerberinnen auf P I.3.5. der Bekanntmachung der Kommission vom 31.12.1994 (ABI EU 94/C385/04) über die Berechnung des Umsatzes iSd FKVO (Nr. 4064/89) von Unternehmen im Staatsbesitz ist nicht zielführend. Die Kommission teilt zwar in dieser Bekanntmachung über die von ihr gepflogene Behandlung von Unternehmen im Staatsbesitz unter Hinweis auf den 12. Erwägungsgrund der FKVO mit, daß sie nur solche Umsätze von Unternehmen zurechne, die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestaltete wirtschaftliche Einheit bildeten. Es trifft auch zu, daß die österreichische KartG-Nov 1993, dem Vorbild der FKVO und anderen nationalen Rechten der Mitgliedstaaten der EU folgend, wegen der leichteren

²⁷⁰ So auch *Friess* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003) Art 5 FKVO Rn 80.

²⁷¹ So auch *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I Art 3 FKVO Rn 12 mwN.

²⁷² Kommission 17.2.1995, *Siemens/Italtel*, IV/M.468, ABI L 161, 27-41.

²⁷³ Kommission 17.2.1995, *Siemens/Italtel*, IV/M.468, ABI L 161, 27-41 Rn 13.

Handhabung vom Marktanteil auf den Umsatz umgestellt hat. Im übrigen ist aber die Fusionskontrolle nach EU-Recht und nationalem Recht klar abgegrenzt [...]

In diesem Bereich gibt es weder eine unmittelbare Anwendung von EU-Recht, noch sind die inhaltlich teilweise abweichenden EU-rechtlichen Fusionskontrollbestimmungen analog anzuwenden. Im österreichischen Kartellrecht existieren - außer der Sonderregelung des § 5 KartG, wonach gewisse öffentliche Unternehmen aus Gründen, die hier nicht einschlägig sind, vom Anwendungsbereich des KartG überhaupt ausgenommen sind - keine Sonderregelungen für Unternehmen der öffentlichen Hand oder solchen, an denen diese beteiligt ist (Koppensteiner aaO 102). Solche gibt es auch nicht für Unternehmenszusammenschlüsse, sodaß die interpretative Einschränkung der Kommission nicht greifen kann. Eine Unvereinbarkeit der in diesem Zusammenhang umfänglich weiteren Fusionskontrolle des österreichischen Rechts mit den Grundsätzen des EU-Rechts ist nicht erkennbar.

Da es nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts sein kann, Überlegungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit einer derart weiten Fusionskontrolle über Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, und über eine allfällige Anpassung an das europäische Kartellrecht de lege ferenda anzustellen, ist der erstgerichtliche Beschluß zu bestätigen.“²⁷⁴

Der OGH hat zwar in seiner *Postbus*-Entscheidung,²⁷⁵ auf die unten in F.I. im Detail eingegangen wird, Annäherungsversuche an das unionsrechtliche Staatsholdingprinzip vermuten lassen, dies allerdings nur im Rahmen der Konzernausnahme des § 7 Abs 4 KartG. Es liegt jedoch bis heute kein eindeutiger Hinweis vor, dass sich der OGH mittlerweile dem unionsrechtlichen Staatsholdingprinzip angeschlossen hätte, weshalb nach österreichischem Recht weiterhin Beteiligungen von Gebietskörperschaften in den Umsatz miteinzuberechnen sind, falls eine Verbindung gemäß § 7 KartG besteht.

F. Die Konzernausnahme im österreichischen Zusammenschlusskontrollrecht nach § 7 Abs 4 KartG

Mangels einer Veränderung der Machtverhältnisse wurden bereits in der ursprünglichen Fassung des KartG 1988 Vermögensumschichtungen innerhalb eines Unternehmensverbundes nicht als Zusammenschluss angesehen. Klargestellt wurde dies durch den im Rahmen der KartGNov 1993 neu eingeführten § 41 Abs 3 KartG 1988 und den wörtlich übernommenen § 7 Abs 4 KartG 2005. Voraussetzung für die Freistellung aus der Zusammenschlusskontrolle ist dem Wortlaut der Bestimmung nach die Konzernzugehörigkeit

²⁷⁴ OGH als KOG 9.12.1996, 16 Ok 6/96 (SZ 69/273) mwN; weiters *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar, 212.

²⁷⁵ OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – *Postbus* (GesRZ 2003, 170).

der beteiligten Unternehmen nach § 15 AktG bzw § 115 GmbHG. Inwiefern im österreichischen Recht tatsächlich auf die Konzerndefinition des Gesellschaftsrechts zurückgegriffen wird, ist va auf Grund der Jud zweifelhaft. Auf letztere wird unten ausführlich eingegangen, insbesondere auf die zwei wesentlichsten Entscheidungen des OGH zum Zusammenschlussrechtlichen Konzernprivileg, namentlich das *Postbus-Urteil*²⁷⁶ und das *Brau-Union-Urteil*.²⁷⁷

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob bereits vor Verwirklichung der Tatbestände des § 7 Abs 1 KartG ein Konzern vorhanden sein muss. *Koppensteiner* verneint dies wohl zu Recht und führt dazu an, dass zB die Einbringung eines durch einen Unternehmer im eigenen Namen geführten Betriebs in eine allein gehaltene Tochtergesellschaft (an sich ein Fall von ein Fall von § 7 Abs 1 Z 3 KartG, womöglich auch von Z 5) keine Veränderung der Marktstruktur oder Unternehmenskonzentration bewirke, obgleich vor diesem Zusammenschluss kein Konzern vorliege.²⁷⁸ Daher sei in allen Fällen, in denen lediglich eine unternehmerische Reorganisation vorliegt, § 7 Abs 4 KartG mangels Vorhandenseins eines Konzerns analog anzuwenden. Dieser eigentlichen Erweiterung der Konzernausnahme ist im Grunde zuzustimmen, sie darf aber selbst nicht zu extensiv interpretiert werden. So können als „unternehmerische Reorganisation“ nicht alle Fälle interpretiert werden, in denen bereits irgendeine Verbindung zwischen zwei oder mehreren Einheiten besteht. Wie auch von *Koppensteiner* ausdrücklich erwähnt, muss es sich um dieselbe Person handeln, welcher das einzubringende sowie das aufnehmende Unternehmen gehört und darf es somit tatsächlich zu keiner marktrelevanten Verschiebung kommen. Auf Fälle, in denen diese Eigentümeridentität nicht existiert, muss schlussendlich doch auf die Konzerneigenschaft zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses abgestellt werden, um von einer unternehmerischen Reorganisation sprechen zu können.

I. Die Postbus-Entscheidung des OGH

Der OGH hat sich in seiner *Postbus*-Entscheidung erstmals extensiv mit der Ausnahmeregelung des § 7 Abs 4 KartG auseinandergesetzt.²⁷⁹ Dabei ging es um das Vorhaben der Bundesregierung, den Bundesminister für Finanzen zu ermächtigen, der ÖIAG den Verkauf sämtlicher Anteile ihrer 100-prozentigen Tochter, der Österreichischen Postbus AG, an die ÖBB in Auftrag zu geben. Durch Synergien und neue Konzepte sollten hierbei die

²⁷⁶ OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

²⁷⁷ OGH als KOG 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – Brau Union (ÖBI 2005, 272); zu beiden letztgenannten E, vgl auch *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht (2008) § 7 E 221 ff.

²⁷⁸ *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, § 13 Rn 19 mwN; so zitiert ihn auch der OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

²⁷⁹ OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170).

Wirtschaftlichkeit und die Leistung an den Kunden verbessert werden. So brachte die ÖIAG einen Antrag darauf ein, festzustellen, dass dieses Vorhaben nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliege, weil sämtliche Anteile der Postbus AG der ÖIAG gehörten, an welcher wiederum der Bund 100% der Anteile hielt. Die ÖBB waren andererseits ebenfalls eine 100-prozentige Beteiligung des Bundes. Daher handle es sich laut Antragsteller bloß um eine „Maßnahme der unternehmerischen Reorganisation“, welche im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit im Konsens der Bundesministerien erfolgen und deshalb aus der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen sein sollte.

a. Die erstgerichtliche Entscheidung

Das Erstgericht wies diesen Antrag zunächst ab, weil es im gegenständlichen Fall an einer einheitlichen Leitung mangle, weshalb die Konzernausnahmeregelung nicht anzuwenden sei. Dabei stellte es fest, dass im Gegensatz zum Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG eine bloße Beherrschungsmöglichkeit für die Anwendung der Konzernausnahme nicht genüge und eine „einheitliche Leitung“ notwendig sei. Zur Definition letzterer lehnte sich das Erstgericht stark an die oben genannten Ausführungen zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff nach § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG an. So bestehe eine „einheitliche Leitung“, wenn die Aktivitäten verschiedener rechtlich selbständiger Unternehmer durch entsprechende Einflussnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert würden, dass dies der möglichen Leitungsstruktur eines einheitlichen Unternehmens entspräche. Der beherrschende Einfluss iSd § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG müsse dafür auch tatsächlich ausgeübt werden (zu genaueren Ausführungen dazu, s auch 1. Kapitel unter Punkt A.IV.). Im vorliegenden Fall sei anhand der Beteiligungsverhältnisse die „Abhängigkeit“ (wohl gemeint der beherrschende Einfluss iSd § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG) sowie das Vorhandensein eines Konzerns widerlegbar zu vermuten. Die Verkehrsverbünde seien durch „autonome Erklärungen“ der einzelnen Unternehmen geregelt, eine darüber hinausgehende Koordinierung oder eine einheitliche Leitung existiere jedoch nicht. Letztere wolle man eben durch den geplanten Zusammenschluss erreichen. Weiters würde § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 ausdrücklich statuieren, dass die Bildung eines Konzernverhältnisses zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften ausgeschlossen sei, weshalb man ein solches Konzernverhältnis umso weniger zwischen Tochtergesellschaften der ÖIAG und jenen des Bundes annehmen könne.²⁸⁰

²⁸⁰ Vgl auch *Schima* in FS Doralt, 564.

b. *Der Verweis des OGH auf das deutsche Recht*

Daraufhin beschäftigte sich der OGH eingehender mit den Fragen, wie weit die Ausnahmeregelung des § 7 Abs 4 KartG reiche, wie der Konzern in diesem Zusammenhang genau zu definieren sei bzw ob ein solcher im gegenständlichen Fall vorliege und letztlich welche Besonderheiten mit der Beteiligung der öffentlichen Hand einhergehen. Vorweg stellte er – wie oben in E.I. genauer erklärt wurde – fest, dass die Verbundenheit iSd § 2a KartG (nun § 22 KartG nF) im Rahmen der Umsatzberechnung keine einheitlichen Leitung der beteiligten Unternehmen voraussetze²⁸¹, weshalb sich für § 7 Abs 4 KartG aus dieser Regelung nicht viel ableiten ließe. Die Konzernausnahme im Zusammenschlussrecht bestehe, weil konzerninterne Vorgänge keine Veränderung der Machtverhältnisse bewirkten und es sich ohnehin um eine einheitlich am Markt agierende Unternehmensgruppe handle. Dabei lehnte sich der OGH an die Ausführungen *Koppensteiners* an, laut denen der Verweis auf die gesellschaftsrechtliche Definition zu eng sei (s dazu oben bzgl *Koppensteiners* Bemerkungen über den Zeitpunkt der Konzerneigenschaft).²⁸² Des Weiteren widmete sich der OGH der Frage, ob für das Vorhandensein eines Konzerns die bloße Beherrschungsmöglichkeit genüge oder eine einheitliche Leitung notwendig sei.

Dazu verwies der OGH zunächst auf das deutsche Recht, das auf Grund von § 36 Abs 2 GWB abhängige oder herrschende Unternehmen iSd § 17 dAktG sowie Konzernunternehmen iSd § 18 dAktG von der Zusammenschlusskontrolle ausnehme. Bei der Beherrschung nach § 17 dAktG werde kein Nachweis der Ausübung einer einheitlichen Leitung verlangt, wohingegen letztere im Rahmen von § 18 dAktG als „intensivere Stufe der Abhängigkeit“ Voraussetzung sei.²⁸³ Die in § 17 Abs 2 dAktG statuierte Abhängigkeitsvermutung könne nur „*durch den Nachweis der mangelnden Möglichkeit der Besetzung durch Vorstand und Aufsichtsrat sowie fehlender sonstiger Beherrschungsmöglichkeiten*“ widerlegt werden. Festzuhalten sei, dass schlussendlich im deutschen Recht die bloße Beherrschungsmöglichkeit für die Ausnahme aus dem Zusammenschlusskontrollrecht ausreichen würde.

Dieser Interpretation des GWB kann jedoch nicht zugestimmt werden. § 36 Abs 2 GWB lautet:

„Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches

²⁸¹ So auch OGH als KOG 1.7.2002, 16 Ok 2/02 (SZ 2002/91) und OGH als KOG 17.12.2001, 16 Ok 9/01 (SZ 74/199).

²⁸² *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, 255 ff.

²⁸³ Vgl dazu auch *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 36 Rn 49.

Unternehmen anzusehen. Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, gilt jedes von ihnen als herrschendes.“

Diese Bestimmung lässt sich wohl kaum als Konzernprivileg interpretieren, sondern statuiert – ähnlich wie § 21 Z 2 KartG und § 22 Z 1 KartG – eine Zusammenrechnungsregel für Konzerne, die primär der Berechnung von Marktanteilen und Umsatzerlösen dienen soll.²⁸⁴ Dies ist zwar für das Erreichen der Umsatzschwellen von Bedeutung, jedoch nicht im Rahmen des Konzernprivilegs. Schon gar nicht wird dadurch impliziert, dass in einer solchen Art und Weise verbundene Unternehmen von der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen sein sollen. Vielmehr lässt sich auch gemäß der mE richtigen Ansicht von *Schima*²⁸⁵ aus § 37 Abs 2 GWB als eigentliches „Pendant“ zu § 7 Abs 4 KartG herauslesen, dass bereits zusammengeschlossene Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, wenn die Unternehmensverbindung wesentlich verstärkt wird (s dazu auch oben, Punkt A.II.).

So sind auch im deutschen Recht bloße Umstrukturierungsmaßnahmen aus der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen, jedoch nur dann, wenn eine wesentliche Verstärkung der bestehenden Verbindung ausgeschlossen erscheint. Dies sei laut *Schima* der Fall, wenn bereits eine einheitliche Leitung, also ein Konzern, besteht, deren tatsächliche Ausübung nicht mehr intensiviert werden kann. Letzterer verschweigt jedoch die Fallkonstellationen, in denen zwar „nur“ eine Abhängigkeit zwischen den Unternehmen besteht, der in Frage kommende Zusammenschluss diese Abhängigkeit nicht wesentlich verstärkt. Dies kann als eine Art „Annäherung“ an das Konzernprivileg für gewisse verbundene Unternehmen gesehen werden. Somit ähnelt § 37 Abs 2 GWB einerseits § 7 Abs 1 Z 5 KartG, welcher neben dem eigentlichen (gemeinsamen) Kontrollerwerb nach hM auch den Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle als Zusammenschlusstatbestand regelt (s oben unter Punkt D.II.). Dieser Fall wäre zweifelsohne auch nach § 37 Abs 2 GWB als wesentliche Verstärkung der Unternehmensverbindung zu verstehen. Demnach beinhaltet § 37 Abs 2 GWB zugleich einen Zusammenschlusstatbestand und den Ansatz einer Konzernausnahme in einer Bestimmung. Im Ergebnis behält *Schima* jedoch Recht, dass der OGH zur Hinweisfindung für die Interpretation des Konzernprivilegs auf § 37 Abs 2 GWB und nicht auf § 36 Abs 2 GWB verweisen hätte sollen.

²⁸⁴ So auch *Schima* in FS Doralt, 588.

²⁸⁵ *Schima* in FS Doralt, 589.

c. *Die Frage der tatsächlichen Ausübung des beherrschenden Einflusses sowie die Notwendigkeit einer Zusammenschlussrechtlichen Beherrschungsdefinition*

Im österreichischen Recht sei laut OGH die Diskussion zum Konzernbegriff uneinheitlich, weil unklar wäre, ob man eben auf eine einheitliche Leitung oder auf die bloße „Beherrschung“ abstelle. Die neuere Gesetzgebung tendiere eher zu letzterer Ansicht, so zB im Rahmen von § 244 HGB (nun UGB), § 22 Abs 2 ÜbG, § 92 Z 2 BörseG und § 30 BWG. Um die für das Zusammenschlusskontrollrecht richtige Definition zu finden, müsse man sich an die Zwecke der Gesetzesbestimmungen orientieren.²⁸⁶ Im Gegensatz zum Zusammenschlusskontrollrecht, in dem es um die Aufrechterhaltung einer Marktstruktur und eines funktionierenden Wettbewerbs gehe, wolle man im Aktienrecht den „Schutz des beherrschten Unternehmens, der Aktionäre und der Gläubiger“ bewirken. Aus diesem Grund müsse man – ähnlich wie in Deutschland²⁸⁷ – auch in Österreich von einem solchen weiteren kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff ausgehen, welcher die Zuweisung der wettbewerblichen Aktivitäten in den Vordergrund stellt, wobei schon die Beherrschungsmöglichkeit genügen solle. Dabei wären die Bestimmung der wesentlichen Markt- und Wettbewerbsstrategien und die Durchsetzung der eigenen wettbewerblichen Interessen durch das Mutterunternehmen ausreichend. Die Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle sei schlussendlich die Erhaltung der Marktstruktur mit möglichst vielen selbständigen Teilnehmern und nicht die Kontrolle ihres Verhaltens, um das „Potenzial zum Wettbewerb“ zu wahren. Der Gesetzgeber gehe ja auch bei den Zusammenschlusstatbeständen von einem „abstrakten Gefährdungstatbestand“ aus (s dazu genauer oben unter Punkt D.I.a.). Dieses „Potenzial“ sei im Rahmen von § 41 Abs 1 Z 3 KartG (nun § 7 Abs 1 Z 5 KartG nF) bereits bei einer 25-prozentigen Beteiligung erreicht, wobei nicht einmal das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses verlangt werde. Erst in einem zweiten Prüfungsschritt müsse beurteilt werden, inwiefern durch diesen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

Hierbei ging der OGH zunächst zu Recht von einer kartellrechtspezifischen Zielsetzung des Konzerns im Kartellrecht aus und wollte so einen „weiteren kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff“ erkennen. Im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht, in dem es um den Schutz der Aktionäre, Gläubiger und des beherrschten Unternehmens gehe, sei im Kartellrecht der Wettbewerb im Vordergrund. Mit diesen Ausführungen lehnte sich der OGH stark an die Meinung *Wesselys* zum weiteren Beherrschungsbegriff im Rahmen des Zusammenschlusstatbestandes des § 7 Abs 1 Z 5 KartG an (ebenfalls aufgegriffen in der

²⁸⁶ Dabei verweist der OGH eher kryptisch auf *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 137 ff; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht², § 16 ua (nun sinngemäß *Emmerich* in 5. Auflage.).

²⁸⁷ Dazu der Verweis auf *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ II, § 36 Rn 51 ff (nun sinngemäß *Mestmäcker/Veelken* in 4. Auflage Rn 50 ff).

OGH-Entscheidung vom 17.12.2001, 16 Ok 9/01, s oben unter Punkt D.II.a.). Dort sei es zwar nicht um die Auslegung des Konzernprivilegs gegangen, jedoch spreche im gegenständlichen Fall die unterschiedliche Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Konzernregelungen und jene der kartellrechtlichen Bestimmungen dafür, „auch die Regelung des § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG insgesamt und die in § 15 AktG festgehaltenen Charakteristika des zu erfassenden Phänomens „Konzern“ und deren Gewichtung zueinander vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Regelungen zu interpretieren.“

Daher stellt sich im Rahmen des zusammenschlussrechtlichen Konzernprivilegs dieselbe Frage der kartellrechtspezifischen Konzerndefinition wie beim Zusammenschlusstatbestand des § 7 Abs 1 Z 5 KartG (s oben unter Punkt D.II.a.) und hinsichtlich des Konzernprivilegs nach § 1 Abs 1 KartG und Art 101 Abs 1 AEUV (s dazu unten unter Punkt A.IV.a.). Wie in den anderen zwei Fällen gibt es auch hier Argumente dafür und dagegen, allerdings ist hier eine spezielle kartellrechtliche Definition auf Grund des ausdrücklichen Verweises des § 7 Abs 4 KartG auf die gesellschaftsrechtliche Konzerndefinition des § 15 AktG und § 115 GmbHG umso fraglicher. Laut *Schima* sei der Gegensatz dieser beiden Definitionen „in der Tendenz überzeichnet“.²⁸⁸ Wie oben im Rahmen des Zusammenschlusstatbestandes nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG dargestellt (s unter Punkt D.II.0.), ist dieser Ansicht im Grunde beizupflichten. Im Ergebnis wird es niemals eine rein kartell- oder zusammenschlussrechtlich relevante Beherrschung geben, sondern immer ein Bündel an Kontrollbefugnissen, die sich im Ergebnis größtenteils mit jenen des Gesellschaftsrechts überschneiden.

Mit der Behauptung, dass in Österreich der OGH „im Zusammenhang mit der Prüfung des Beherrschungsbegriffs in § 41 Abs 1 KartG auch von einem weiteren kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff ausgegangen [sei], für den schon die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche“, versucht der OGH, grundverschiedene Tatbestände zu verbinden. Denn dass der Zusammenschlusstatbestand des § 7 Abs 1 Z 5 KartG, welcher nach dem Gesetzeswortlaut einen beherrschenden Einfluss vorsieht, eine bloße Beherrschungsmöglichkeit genügen lässt, ist evident und zwar unabhängig davon, ob man die gesellschaftsrechtliche Definition heranzieht oder nicht.²⁸⁹ Dies sagt letzten Endes nichts über die Anforderungen des § 7 Abs 4 KartG aus, welcher ausdrücklich auf die gesellschaftsrechtliche Konzerndefinition verweist. Ob nun für den Konzern nach § 7 Abs 4 KartG die bloße Abhängigkeit genügt oder eine wirtschaftliche Einheit iSv einer tatsächlichen Ausübung der Kontrollbefugnisse vorhanden sein muss, lässt sich aus dieser Behauptung jedenfalls nicht schließen.

²⁸⁸ *Schima* in FS Doralt, 584.

²⁸⁹ Ähnlich auch *Schima* in FS Doralt, 585.

Auch die Ausführungen des OGH zum abstrakten Gefährdungstatbestand des § 7 Abs 1 Z 3 KartG (vgl zu diesem Thema auch oben, unter Punkt D.I.), bei welchem nicht einmal das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses notwendig ist, sondern bloß der Erwerb eines Beteiligungsgrades von 25% oder 50%, sind hier zweifelsohne richtig, sagen jedoch wenig über die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs aus. *Schima* kritisiert hierbei va, dass sich der OGH im Rahmen dieser Verweise auf die Zusammenschlusstatbestände in einer „sehr missverständlich geschilderten Konzerndiskussion“ verirrt.²⁹⁰ Dass die Erklärungen des OGH bezüglich des Konzernbegriffes etwas missverständlich sind, ist zwar zutreffend, jedoch ist der Ansatz, die Natur des Konzernbegriffs (maW wie sich ein kartellrechtlicher Konzernbegriff von einem gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff unterscheiden könnte) von anderen konzernbezogenen Tatbeständen im Kartellrecht herzuleiten, systematisch grundsätzlich richtig. Doch auch auf Grund des Vergleichs zu § 7 Abs 1 Z 3 KartG lässt sich nicht schließen, ob für das Konzernprivileg die bloße Abhängigkeit oder eine tatsächliche Ausübung der Entscheidungsmacht vorauszusetzen ist.

Bereits existierende Rechte und bestehende Gesellschaftsstrukturen seien laut OGH darüber hinaus nicht Gegenstand der Zusammenschlussprüfung, sondern immer der konkrete Rechts- oder Herrschaftserwerb, weshalb „*das entscheidende Kriterium die Veränderung der internen Marktverhältnisse und nicht das Auftreten am Markt*“ sein müsse. Es sei laut OGH naheliegend, bei der Beurteilung, ob sich die Marktverhältnisse verändern, auf „*die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme*“ abzustellen, denn es obliege in diesem Fall der Konzernspitze, die Kontrolle über ihre Tochterunternehmen zu verstärken und eine wirtschaftliche Einheit zu schaffen.²⁹¹ Weiters ging der OGH davon aus, dass der Muttergesellschaft bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit idR Maßnahmen zur maßgeblichen Steuerung des Wettbewerbsverhaltens der Tochtergesellschaft zustünden, die nicht ihrerseits im Rahmen einer erneuten Zusammenschlussprüfung nach § 7 Abs 1 und 2 KartG zu prüfen wären. Auf eine „*vollständige und endgültige Abhängigkeit*“ müsse man laut OGH bei einer 75% übersteigenden Beteiligung schließen, bei einer 100-prozentigen Beteiligung sei ein relevanter zusätzlicher Herrschaftserwerb schwer vorstellbar.

Diese Bemerkungen sind zwar grundsätzlich richtig, aber dennoch keine Begründung, weshalb speziell im Zusammenschlussrecht das Vorhandensein einer Beherrschungsmöglichkeit reichen soll und nicht auf die einheitliche Leitung abgestellt wird.²⁹² *Schima* führt dazu das Beispiel von zwei oder mehreren durch Mehrheitsbeteiligungen verbundenen Unternehmen an, welche sich mit einem – nach § 7 KartG relevanten – Beteiligungserwerb zusätzlich zusammenschließen (so zB der Erwerb

²⁹⁰ *Schima* in FS Doralt, 586.

²⁹¹ Dazu der Verweis auf *Stockenhuber*, Die europäische Fusionskontrolle, 77.

²⁹² So auch *Schima* in FS Doralt, 586.

einer Schwestergesellschaft durch eine andere).²⁹³ So ist es tatsächlich möglich, dass die Konzernspitze an zwei Tochtergesellschaften mehrheitlich beteiligt ist, jedoch keine Beherrschungsmacht ausgeübt wird. Diese kann sie einerseits dadurch verstärken, dass sie auf Grund ihrer vorhandenen Beherrschungsmöglichkeiten tatsächlich eine einheitliche Leitung ausübt oder unabhängig davon ihre Beherrschungsmöglichkeiten relevant verstärkt.

Das Beispiel mit den Schwestergesellschaften ist insofern interessant, als mangels einheitlicher Leitung durch die Muttergesellschaft die Verbindung zweier Mehrheitsbeteiligungen untereinander schwach ist, der Erwerb einer Schwestergesellschaft durch die andere dennoch in das Konzernprivileg fallen würde, wenn man bloß auf den beherrschenden Einfluss durch die Muttergesellschaft abstellt. Der OGH begründet nicht, weshalb im Falle einer derart schwachen Verbindung die Zusammenschlusskontrolle entfallen sollte, wenn sie wesentlich verstärkt würde. Bloß weil die Muttergesellschaft idR mit zusammenschlussrechtlich unbedenklichen Maßnahmen ihre Tochtergesellschaften dirigieren kann, bedeutet dies nicht automatisch, dass dabei generell die Zusammenschlusstatbestände unanwendbar bleiben sollen.

Schima kommt deswegen zum Schluss, dass die Erwägungen zum Zusammenschlussrecht im Allgemeinen und insbesondere zu den Zusammenschlusstatbeständen nicht unmittelbar auf den Ausnahmetatbestand des § 7 Abs 4 KartG übertragen werden können.²⁹⁴ Mit dem vom OGH hervorgehobenen primären Zweck der „Erhaltung einer Marktstruktur möglichst großer Anzahl ‚selbständiger‘ Marktteilnehmer“²⁹⁵ sei es laut *Schima* richtig, bei abhängigen (zB im Falle einer Mehrheitsbeteiligung), aber nachweislich nicht einheitlich geleiteten und daher bislang de facto voneinander unabhängig sowie selbständig am Markt agierenden Unternehmen das Konzernprivileg zu verneinen. Damit überzeichnet *Schima* mE die tatsächlichen Unterschiede zwischen Abhängigkeit und einheitlicher Leitung. Denn wie bereits eingangs angeführt (s 1. Kapitel unter Punkt A.V.), ist die Gratwanderung zwischen Beherrschung und einheitlicher Leitung eine äußerst schmale, zumal auch immer die Abhängigkeits- und Konzernvermutungen zu gelten haben. Inwieweit Tochtergesellschaften, welche bereits auf Grund des Vorhandenseins von Beherrschungsmöglichkeiten dem Druck der Muttergesellschaft unterworfen sind, tatsächlich de facto unabhängig sind und am Markt selbständig handeln, ist äußerst fraglich. Rein dogmatisch und systematisch behält *Schima* hingegen Recht, denn der OGH hat bisher – wie bereits dargestellt – nicht wirklich überzeugend argumentieren können, weshalb der Konzern mit der bloßen Beherrschungsmöglichkeit gleichgestellt werden sollte.

²⁹³ *Schima* in FS Doralt, 586.

²⁹⁴ *Schima* in FS Doralt, 587.

²⁹⁵ Mit Verweis auf OGH 16.12.2002, 16 Ok 9/02 (ÖBl 2003, 280).

Darüber hinaus argumentierte der OGH, dass im Rahmen des Konzerns ähnlich wie im deutschen Recht „auch eine Verschiebung zwischen 100%-igen Tochter- oder Enkelgesellschaften als interne Reorganisationsmaßnahme als vom Ausschluss des § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG erfasst angesehen werden“²⁹⁶ könne. Dies stütze er auf folgende Begründung:

„Ausgehend davon, dass beim Konzernbegriff im Rahmen des § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG auch der bloßen Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme Bedeutung zukommen kann, ist § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG iVm § 15 AktG dahin zu verstehen, dass neben der einheitlichen Leitung von Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken (15 Abs 1 AktG) und der sonstigen Beherrschung (2. Fall des § 15 Abs 2 AktG) der gesellschaftsrechtlichen Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen (1. Fall des § 15 Abs 2 AktG) ein solches Gewicht zukommen kann, dass es gerechtfertigt ist, deren Verhältnis zueinander unabhängig von einer konkreten einheitlichen Leitung als Konzernverhältnis anzusehen“.

*Schima*²⁹⁷ versteht diese Erklärung so, dass der OGH auch für das österreichische Recht im Rahmen des § 7 Abs 4 KartG ähnlich wie bei § 7 Abs 1 Z 5 KartG alleine auf den „beherrschenden Einfluss“ für das Vorhandensein eines Konzerns abstellt und dabei die wirtschaftliche Einheit keine *conditio sine qua non* sei. Der OGH lasse also wie beim Zusammenschlusstatbestand des § 7 Abs 1 Z 5 KartG die bloße Abhängigkeit genügen und schließe somit – zumindest im Falle einer 100-prozentigen Beteiligung wie im gegenständlichen Falle – aus, dass die Konzernvermutung (dazu s ausführlich 1. Kapitel unter Punkt B.II.) überhaupt entkräftet werden könne. Dabei vermutet *Schima*, dass die zweimalige Wiederholung von „kann“ in diesem Satz eine relativierende Wirkung haben solle und dies als Indiz interpretiert werden könnte, dass bei einer nicht 100-prozentigen Mehrheitsbeteiligung vielleicht doch eine Entkräftung der Konzernvermutung möglich wäre.

MMn gibt es keinen überzeugenden Grund, die Konzernvermutung an sich auszuschalten. Eine derartige Interpretation des § 15 AktG, welche letztere Vermutung entgegen der hL ausschließt, entspricht mE nicht dem Wesen des Konzernrechts. Unabhängig davon, ob eine 70%ige, eine 99%ige oder eine 100%ige Beteiligung an einem Unternehmen vorliegt, muss es Raum für die (in diesen Fällen zugegebenermaßen schwierige) Widerlegung geben, dass die Einflussmöglichkeiten nicht ausgeübt werden.

Darüber hinaus stellte der OGH Folgendes fest:

„Legt man die Relevanz der durch den Zusammenschluss bewirkten Veränderung der Machtverhältnisse zugrunde, so spricht dies dafür im Rahmen des

²⁹⁶ Dazu der Verweis auf *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³, 256.

²⁹⁷ *Schima* in FS Doralt, 580.

Ausnahmetatbestandes des § 41 Abs 3 KartG [nun § 7 Abs 4 KartG nF] beim Konzernbegriff auf die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme abzustellen. Steht es ja der "herrschenden Gesellschaft" jederzeit offen, ihre Kontrolle zu verstärken und die beherrschten Tochter- oder Enkelgesellschaften zu einer einheitlichen Leitung zusammenzuführen [...]"

Der OGH hat also letzten Endes ohne wirklich überzeugende Begründung die Tendenz erkennen lassen, dass bei der Beurteilung, ob die Konzernausnahme für Zusammenschlüsse einschlägig ist, alleine auf den beherrschenden Einfluss und nicht auf die einheitliche Leitung abzustellen ist. Diese Auslegung des Verweises auf den Konzernbegriff des Gesellschaftsrechts ist mE fraglich, weil unter einem „Konzern“ nach hA richtigerweise nur der Tatbestand der § 15 Abs 1 und § 115 Abs 1 GmbHG verstanden wird (s dazu oben, 1. Kapitel).

Die Frage, ob Verschiebungen von Beteiligungen zwischen verbundenen Unternehmen als Maßnahmen interner Umstrukturierung zu sehen sind, ist auch anhand des durch den OGH als Interpretationsgrundlage herangezogenen deutschen Rechts nicht im ersten Anlauf zu klären. Der OGH verweist insbesondere auf deutsche Lit²⁹⁸ und auf folgende Erklärung:

„Da nun das Zusammenschlussrecht und das Kartellaufsichtsrecht die konzerninterne Interessenverfolgung von ihrer Kontrolle ausnehmen (anderes gilt naturgemäß für die Missbrauchskontrolle vgl §§ 34 [nun § 4 nF] ff KartG) und mit einer gemeinsamen Muttergesellschaft auch ein gemeinsamer Anknüpfungspunkt besteht, kann auch eine Verschiebung zwischen 100%igen Tochter- oder Enkelgesellschaften als interne Reorganisationsmaßnahme als vom Ausschluss des § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG erfasst angesehen werden“.

Dieser Begründungsversuch des OGH lässt einige Fragen offen, zumal auch hier der Wortlaut (arg „kann“) die Unsicherheit unterstreicht. Gerade aber in den Fällen, in denen es vorweg an einer einheitlichen Leitung fehlt, wird man nicht immer von einer bloßen internen Umstrukturierung sprechen können. So führt auch *Schima*²⁹⁹ in diesem Rahmen zu Recht den GWB-Kommentar von *Immenga/Mestmäcker*³⁰⁰ an:

„Verlagerungen von Beteiligungen zwischen nach § 36 Abs 2 [GWB] verbundenen Unternehmen führen nicht immer zu bloßen Umstrukturierungen. Das gilt insbesondere, wenn die öffentliche Hand von ihr gehaltene Anteile auf ein von ihr gleichfalls

²⁹⁸ Vgl *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art 85 Rn 124 ff; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts² (2008) § 15 Rn 32; ähnlich auch *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³, 256.

²⁹⁹ *Schima* in FS Doralt, 590.

³⁰⁰ *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ II, § 37 Rn 123 (ident geblieben in der 4. Auflage) mit Verweis auf BKartA 7.1.1974, *VEBA/Gelsenberg*, WuW/E 147.

beherrschtes Unternehmen überträgt, um die Integration in dessen Konzern zu ermöglichen.“

Dies sei beim gegenständlichen Vorhaben zutreffend, weil es durch den Zusammenschluss zwischen ÖPAG und ÖBB zu einer wesentlichen Verstärkung der Unternehmensverbindung kommen würde. Letzten Endes wird es auch bei Beteiligungsverschiebungen – genauso wie bei jedem anderen Kontrollerwerb – nach dem hier zu Rate gezogenen deutschen Recht nur auf eine solche relevante Verbindungsverstärkung ankommen, weshalb ein abstrakter Hinweis auf eine „interne Reorganisationsmaßnahme“ mit Sicherheit nicht für die Ausnahme aus der Zusammenschlusskontrolle genügen kann. Dass sich bei konzerninternen Verschiebungen die internen Machtverhältnisse nicht verändern, ist kein eigenes Tatbestandsmerkmal, sondern eine Konsequenz der Konzernzugehörigkeit. So bleibt es schlussendlich dabei, dass auch bzw. va wegen des Verweises auf das deutsche Recht bereits zu diesem Zeitpunkt – und zwar unabhängig von allfälligen Sondergesetzen – das Konzernprivileg im gegenständlichen Fall mangels einheitlicher Leitung auszuschließen gewesen wäre, wie dies auch in der erstinstanzlichen Entscheidung schlussgefolgert wurde.

d. Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen von Staatsbeteiligungen

Den letzten Endes mE nicht überzeugenden Ausführungen des OGH nach wäre bisher dem Antrag der ÖIAG stattzugeben gewesen, allerdings musste noch die Frage der öffentlichen Hand als Konzernspitze geklärt werden. Laut OGH seien staatliche Beteiligungen grundsätzlich nicht anders als Private zu behandeln, weil auch bei ihnen wirtschaftliche Zwecke vorliegen könnten. Jedoch müsse man bei der öffentlichen Hand regelmäßig am Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit zweifeln, wenn man auch hier von einer widerlegbaren Konzernvermutung ausgeht.³⁰¹ Aus diesem Grund wäre eine Konzernierung staatlicher oder ausgegliederter Unternehmen vom Gesetzgeber dort einzubringen, wo er sie wünscht. Weiters verwies der OGH auf die Mitteilung der Kommission zum Zusammenschlussbegriff, in welcher interne Reorganisationsmaßnahmen in einer Unternehmensgruppe nicht als Zusammenschluss erachtet wurden (zur internen Reorganisation im Rahmen von Staatsbeteiligungen, vgl unten unter Punkt G.).³⁰² So sei dies auch dann der Fall, wenn die beteiligten Unternehmen im Eigentum des Staates stünden und sie bisher schon Teil derselben wirtschaftlichen Einheit gewesen wären, jedoch nicht, wenn sie zu verschiedenen Gruppen mit jeweils autonomer Entscheidungsbefugnis

³⁰¹ Dazu der Verweis auf *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 244 ff, 257.

³⁰² Rn 8, nunmehr Konsolidierte Mitteilung Rn 52.

gehört hätten.³⁰³ Letzteres sei in der Regel auszuschließen, wenn die Unternehmen im Rahmen derselben Holdinggesellschaft geführt werden.

Interessant ist zunächst, dass gerade hier der OGH auf die Konzernvermutungen verweist und sich wieder dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit nähert, wo er doch gerade die Anwendung des Konzernprivilegs unwiderlegbar mit dem Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses geknüpft hatte. Dass eine wirtschaftliche Einheit regelmäßig bei staatlichen Beteiligungen fehlt, ist – wie bereits oben in E.II. dargestellt – richtig. Denn, wie bereits im Rahmen des Staatsholdingprinzips beschrieben, wird der Streubesitz eines Staates zumeist gänzlich dezentral geleitet, sodass von einer einheitlichen Leitung nicht die Rede sein kann. Bloß einzelne Postenbesetzungen bzw. vereinzelte Einflussnahmen staatlicher Funktionäre im Allgemeinen können dabei nicht dem Konzernfordernis genügen.³⁰⁴ Wenn allerdings die Kontrollintensität der politischen Funktionäre so weitreichend ist, dass schlussendlich auch der finanzielle Bereich der Beteiligungen voreingenommen ist, so wird wohl mE von einem Konzern auszugehen sein.³⁰⁵ Anders als im Rahmen des Staatsholdingprinzips der EU, bei dem es ja grundsätzlich um die Umsatzberechnung geht, von welcher der gesamte staatliche Beteiligungsbesitz regelmäßig ausgenommen sein soll, wäre die Anwendung des Staatsholdingsprinzips im Rahmen des Konzernprivilegs für den Staat und seine Beteiligungen von Nachteil (zum sog. „Staatsholdingprinzip“, s. oben unter Punkt E.II.). Denn dabei würde es sich um eine „Ausnahme aus der Ausnahme“ handeln. Ähnlich wie bei den Vermutungen im Rahmen des Konzernprivilegs, hätte auch der Staat kein Interesse daran, seine Konzerneigenschaft zu widerlegen.

Doch wie bereits angedeutet, handelt es sich bei der bloßen Feststellung, dass staatliche Beteiligungen grundsätzlich uneinheitlich geleitet werden, nur um eine geringfügige Annäherung an das Staatsholdingprinzip, das ja dezidiert nur solche Beteiligungen des Staates als konzernzugehörig ansieht, welche durch eine Holding geführt werden. So weit geht der OGH im *Postbus*-Urteil nicht. *Schima* leitet aus dieser Feststellung des Höchstgerichts, dass die Konzernvermutung für Beteiligungen der öffentlichen Hand grundsätzlich widerlegt sei und verweist dabei auf den diesbezüglichen Disput in der deutschen Lit.³⁰⁶ Ob dies tatsächlich so weit interpretiert werden kann, ist fraglich, jedoch im gegenständlichen Fall – wie noch zu sehen sein wird – nicht entscheidend, weil selbst in der Annahme, dass die Konzernvermutung bei staatlichen Beteiligungen nicht vorweg widerlegt

³⁰³ *Schima* in FS Doralt, 570.

³⁰⁴ Vgl. auch *Schima* in FS Doralt, 591.

³⁰⁵ Zu dieser Thematik vgl. auch *Ellerich*, DB 1980, 1973 ff.

³⁰⁶ *Schima* in FS Doralt, 591 ua mit Verweis auf *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³, § 15 Rn 32 (nun sinngemäß *Emmerich* in 5. Auflage); aM zB *Kropff*, Zur Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen auf den Bund, ZHR 144 (1980), 74 ff, 80 ff.

wäre, hier die Widerlegung gesetzlich formuliert ist. Jedenfalls hat der OGH dadurch zu verstehen gegeben, dass es idR für staatlich gehaltene Beteiligungen leichter sein wird, das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit zu widerlegen.

So sei es laut OGH im österreichischen Recht ebenfalls möglich, dass ein Staat seine Befugnisse als Gesellschafter dauerhaft so einschränken könne, dass eine Vereinheitlichung der Geschäftspolitik von den konkreten Entscheidungsträgern nicht mehr zu erreichen sei. Dies könne er beispielsweise mit Hilfe gesetzlicher Regelungen bewirken, was insbesondere im gegenständlichen Fall wesentlich erscheint. Dies unterstreicht wiederum die Annäherung des OGH an das Staatsholdingsprinzip und an das Konzept der wirtschaftlichen Einheit bzw an den „engeren“ Konzernbegriff. Weiters ergänzte der OGH:

„Der Bund ist im Rahmen seiner verschiedenen Beteiligungen dann als Konzern iSd § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4 nF] KartG iVm § 15 AktG anzusehen, wenn bereits eine einheitliche Leitung (§ 15 Abs 1 AktG) besteht oder wenn bei einer beherrschenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gesetzliche organisationsrechtliche Bestimmungen und sonstige gesetzliche Vorgaben der Festlegung einer einheitlichen Geschäftspolitik nicht entgegenstehen bzw diese dadurch schon vorgegeben ist“.

Dies ist insofern interessant, als dass der OGH zusätzlich zu seinen vorigen Überlegungen zum Konzernbegriff im Falle staatlicher Beteiligungen ausdrücklich vor gesetzlichen Schranken „warnt“. Letztere kommen zwar bei Sondergesetzen für staatliche Beteiligungen sicherlich öfter vor als beispielsweise im Gesellschaftsrecht ist, dennoch ist § 70 AktG das beste Beispiel dafür, dass gesetzliche Regelungen auch bei privaten Beteiligungen den Beherrschungsmöglichkeiten entgegenstehen und gewisse Unabhängigkeiten vorsehen können. Daher ist die vom OGH zitierte Ansicht zwar in Anlehnung an den Konzernbegriff des § 15 AktG und § 115 GmbHG nicht falsch, jedoch aus dem Grund unvollständig, weil – auch im Falle staatlicher Beteiligungen – der beherrschende Einfluss an einer Vielzahl von Faktoren scheitern kann, nicht bloß an gesetzlichen Vorgaben. Wiederum scheint der OGH bei Beteiligungen der öffentlichen Hand eher auf das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit abzustellen und vom zuvor behaupteten Ausreichen eines beherrschenden Einflusses abzuweichen.

Der OGH prüfte abschließend, inwiefern im gegenständlichen Fall der „Verbund“ von Postbus, ÖIAG und ÖBB unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des ÖIAG-G 2000 eine einheitliche Leitung iSd § 15 Abs 1 AktG darstelle. Dies verneinte er, weil zwar „zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden und im Interesse der Verkehrsteilnehmer koordinierten Personennah- und Regionalverkehrs gewisse Einschränkungen des Wettbewerbs“ getroffen wurden, insgesamt aber keine Abstimmung der Geschäftspolitik zwischen ÖBB und Postbus festgestellt werden konnte. Dies würden

auch die unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben für diese beiden Unternehmen unterstreichen (wie etwa gewisse Leistungsziele der ÖBB im BBG 1992, welche bei der ÖPAG fehlen). Das ÖIAG-G 2000 hätte mit dem Ziel der Privatisierung seiner Beteiligungen ohnehin völlig verschiedene Zwecke. Darüber hinaus sei die Verwaltung der ÖIAG Sache des Bundesministers für Finanzen während der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie für die ÖBB zuständig sei, wobei jeder Bundesminister für seine Verwaltungsaufgaben grundsätzlich die alleinige Verantwortung trage. Zwar habe auch der Bundesminister für Finanzen gewisse Aufgaben im Rahmen des BBG, allerdings sei „die organisatorische Verknüpfung als eingeschränkt zu beurteilen“.

Hierbei stellte der OGH fest, dass die verschieden gelagerten Sondergesetze bereits das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses widerlegen würden. Diese Argumentation kritisiert *Schima*³⁰⁷: Der OGH leite offenbar bloß aus den verschiedenen Aufgaben, die in den jeweiligen Gesetzen festgelegt sind sowie aus der Ungleichgewichtung der Weisungsbefugnisse der ressortzuständigen Bundesminister, dass es dem Bund an einer Beherrschungsmöglichkeit mangle. Dass es jedoch weder im Rahmen des beherrschenden Einflusses noch bei der Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt (worauf nun immer der OGH Wert legt), auf konkrete Weisungsbefugnisse ankommen kann, sei unbestritten. Ebenso wenig könne man ja behaupten, die Weisungsfreistellung des Vorstandes durch § 70 AktG verhindere jede Form der Konzernierung bei einer AG. Weisungsrechte würden zwar „einen rechtlich unbedenklichen Zugriff des Eigentümers Bund auf die ÖBB“ erleichtern, von deren Fehlen jedoch darauf zu schließen, dass weder beherrschender Einfluss noch einheitliche Leitung möglich sei, „käme einem Rückfall in die „konzernrechtliche Steinzeit“ gleich“, so *Schima*.³⁰⁸

Diese Darstellung seitens *Schima* erscheint zwar etwas übertrieben, im Grunde behält er jedoch Recht. Wie dies bereits im 1. Kapitel zur Konzerndefinition ausführlich behandelt wurde, geht es weder im Rahmen des beherrschenden Einflusses noch bei der wirtschaftlichen Einheit darum, auf einzelne Weisungsbefugnisse abzustellen. Vielmehr geht es um ein „Gesamtpaket“ von rechtlichen und faktischen Beherrschungsmöglichkeiten, die zunächst einen solchen beherrschenden Einfluss indizieren. Etwaige Weisungsrechte sind auch keine Voraussetzung für das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses oder einer einheitlichen Leitung. Der OGH stellte fest, dass bereits auf Grund der Indizien aus dem BBG und dem ÖPAG das Fehlen eines Konzerns hervorgeht. Dabei übersah er allerdings, dass er – noch mehr als auf Grund dieser Bestimmungen das grundsätzliche Fehlen eines Konzerns hervorzuheben – die „Beweiskraft“ einer 100-prozentigen Beteiligung

³⁰⁷ *Schima* in FS Doralt, 592.

³⁰⁸ *Schima* in FS Doralt, 593.

zu widerlegen hatte. Selbstverständlich sind hierbei unterschiedliche bzw mangelnde Weisungsbefugnisse sowie verschiedene Gesetzesaufgaben in den jeweiligen Gesetzen zu wenig, um trotz 100-prozentiger Beteiligung darauf schließen zu lassen, dass dennoch kein Konzern oder nicht einmal ein beherrschender Einfluss vorliegt. Ebenso ist der Umstand, dass ÖPAG und ÖBB grundsätzlich verschiedenen Ministerien unterliegen, nicht ausreichend, um zu widerlegen, dass es trotz 100-prozentiger Beteiligung an einem beherrschenden Einfluss mangelt.³⁰⁹ Zusammenfassend kann hier also gesagt werden, dass es dem OGH zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelungen ist, die Abhängigkeits- oder Konzernvermutung zwischen ÖPAG, der ÖBB und dem Bund zu widerlegen (eingehender zu den Vermutungen, s oben 1. Kapitel unter Punkt B.).

Laut OGH würde schlussendlich das ÖIAG-G die letzten Zweifel am Fehlen eines Konzerns ausräumen. Im Bericht des Finanzausschusses³¹⁰ zur ÖIAG-Gesetz- und ÖIAG-Finanzierungsgesetz-Novelle 1993³¹¹ hätte man den bisherigen Auftrag zur Konzernbildung der ÖIAG aufgegeben. *„Da sich die Weisungen und Richtlinien nur auf die optimale Vorbereitung von Privatisierungsvorgängen beschränken, fehlt es an der umfassenden Beherrschung und der für ein Konzernverhältnis erforderlichen einheitlichen Leitung durch die ÖIAG“*, so der Wortlaut des Berichtes, durch welchen man schon damals die Bildung eines Konzernverhältnisses ausschließen wollte. Laut § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 wäre auch in der neuen Fassung – wie bereits durch das Erstgericht festgestellt – die Bildung eines Konzernverhältnisses zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften ausgeschlossen. Laut OGH sei durch diese Bestimmung nicht bloß das Konzernverhältnis nach § 15 Abs 1 AktG mit dem Hintergrund des Fehlens eines organisatorischen Substrats widerlegt, sondern weiters *„dass der ÖIAG die Möglichkeit der Einflussnahme auf die normale Geschäftspolitik der Unternehmen (ausgenommen ‚Privatisierung‘) im Sinne einer ‚Konzernpolitik‘ abgeschnitten werden soll“*. Ein beschränktes – und auf Grund von § 70 AktG höchst strittiges³¹² – Weisungsrecht sehe nur § 8 Abs 1 ÖIAG-G 2000 zum Zweck von Privatisierungen vor. Der OGH verwies hierzu auch auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000,³¹³ in denen ebenfalls darauf hingewiesen werde, dass das Weisungsrecht nach § 8 Abs 1 ÖIAG-G 2000 zu keinem Konzernverhältnis führe und, was hier von besonderem Interesse ist, dass dies auch *„für Zwecke der Zusammenrechnungstatbestände aufgrund von nationalen und unionsrechtlichen Wettbewerbs- und kartellrechtlichen Vorschriften“* gelte. Damit spreche der Gesetzgeber laut OGH auch klar die Frage der Zusammenschlusskontrolle an, weil es widersprüchlich wäre,

³⁰⁹ So auch *Schima* in FS Doralt, 593.

³¹⁰ 1432 BlgNR 18. GP 2.

³¹¹ BGBl 1993/973.

³¹² So *Schima* in FS Doralt, 573.

³¹³ 48 BlgNR 21. GP 12.

ein Konzernverhältnis im Rahmen der Zusammenrechnungsregel auszuschließen, im Gegenzug dazu die Beteiligungen vor dem Hintergrund der Konzernausnahme nach § 41 Abs 3 (nun § 7 Abs 4 nF) KartG der Zusammenschlusskontrolle zu entziehen, indem man hier die Verbundenheit höher ansetzt. Weiters stellte der OGH fest:

„Im Hinblick auf diese eindeutig auch kartellrechtliche Zielrichtung ist § 11 Abs 2 ÖIAG-Gesetz als "spätere Sonderbestimmung" anzusehen, die jedenfalls die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 41 Abs 3 [nun § 7 Abs 4] KartG iVm § 15 AktG ausschließt.“

Richtigerweise erklärt der OGH, dass der Wortlaut des ÖIAG-G – im Gegensatz zu den Bestimmungen der oben genannten anderen Sondergesetze – klar jeder Konzernbildung entgegensteht. Selbst wenn im Verhältnis zwischen Bund und ÖBB, zwischen denen ja eine unmittelbare Verbindung besteht, ein Konzern existieren würde, würde es an der Beteiligung der ÖIAG an Postbus scheitern, weshalb sich ohnehin die nicht wirklich überzeugenden Argumente des OGH wie Koordinierungen, Ministerzuständigkeiten und Gesetzesziele sowie jede weitere Prüfung, ob andere Beherrschungsmöglichkeiten bestehen, erübrigen würden. Es sei denn, so *Schima*, die ÖIAG habe sich über die gesetzlichen Vorgaben hinweggesetzt und übe de facto eine einheitliche Leitung aus, denn damit würde der OGH nach eigener Auffassung ein Konzernverhältnis annehmen müssen.³¹⁴ Dies ist auch zutreffend, denn der OGH hat neben dem Vorhandensein einer einheitlichen Leitung zwar auch das Vorhandensein von gesetzlichen Vorgaben, die einer einheitlichen Geschäftspolitik entgegenstehen, zur Widerlegung der Konzernvermutung genügen lassen, dies aber nur alternativ. Daher könnte rein nach dem Wortlaut dieser Argumentation eine de-facto-Kontrollausübung trotz dieser Gesetzesbestimmung auf einen Konzern deuten. Richtigerweise ist dies aber zu verneinen. Die „Sondervoraussetzung“ von entgegenstehenden Gesetzesbestimmungen wäre – wie oben beschrieben – ohnehin nicht notwendig gewesen, weil § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 auch jeder Form von beherrschendem Einfluss entgegensteht. Denn richtigerweise kann man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, die Bildung einer wirtschaftlichen Einheit ausschließen zu wollen, im Gegenzug jedoch ein Beherrschungsverhältnis anzustreben.³¹⁵ Für die „gesetzeswidrige“ Bildung einer solchen wirtschaftlichen Einheit gibt es aber keine Hinweise, weshalb sich im gegenständlichen Fall dieses Problem gar nicht stellt.

Schlussendlich wurde auf Grund von § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 die Konzernvermutung trotz einer 100-prozentigen Beteiligung der ÖIAG an der ÖPAG widerlegt. Das Abstellen auf den beherrschenden Einfluss durch den OGH ist mE wenig

³¹⁴ *Schima* in FS Doralt, 593.

³¹⁵ Ähnlich auch *Schima* in FS Doralt, 593.

überzeugend, denn es sollte, wie dies oben ausführlich argumentiert wurde, bei richtiger Gesetzesauslegung immer möglich sein, auch bei Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses die Existenz einer einheitlichen Leitung zu widerlegen. Trotzdem ist der OGH zum richtigen Ergebnis gekommen, dies jedoch mit nicht immer überzeugenden Argumenten.

Man könnte sich letzten Endes auch fragen, ob § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 nicht schon die Abhängigkeitsvermutung widerlegt. Denn dass durch diese Bestimmung die Konzernvermutung aufgehoben wird, ist unstrittig. Der Schluss, dass eine Konzernbildung unmöglich sein soll, könnte bereits den Entfall jeglicher Beherrschungsmöglichkeit der ÖIAG implizieren, womit trotz 100-prozentiger Beteiligung der ÖIAG an der OPAG eine Konzernbildung zwischen OPAG und ÖBB im Wege des Bundes ausgeschlossen wäre. Doch wie bereits erwähnt hätte sich die ÖIAG über diese Bestimmung hinwegsetzen und eine faktische Kontrolle ausüben können, womit man auch die Beherrschungsmöglichkeit bejahen müsste (zu diesem Größenschluss siehe zB 1. Kapitel in B.III.).

e. Conclusio

Durch das Abstellen auf den bloßen beherrschenden Einfluss im ersten Teil dieser Entscheidung (zur allgemeinen Konzerndefinition) fällt es dem OGH schwer, mit dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit im zweiten Teil (zu den staatlichen Beteiligungen) zu arbeiten. Dadurch hat sich der OGH mE nicht überzeugender Auslegungen zu den Konzernvermutungen und zum Konzernprivileg beholfen, welche nicht notwendig gewesen wären, wäre er sofort auf das Konzept der wirtschaftlichen Einheit eingegangen. Denn wie schon durch das Erstgericht festgestellt wurde, wäre die Anwendung des Konzernprivilegs bereits mangels tatsächlicher Ausübung der Leitungsmacht abzulehnen gewesen, ohne dabei entscheidend auf Sondergesetze abstellen zu müssen.

Der allgemeine Verweis auf die Zusammenschlusstatbestände und der Zusammenrechnungsregel ist zwar vom OGH mE wenig überzeugend dargestellt worden, könnte aber zur Systematisierung der Begriffe des beherrschenden Einflusses und der wirtschaftlichen Einheit dienlich sein. So könnte man die Ausführungen des OGH auch als möglichen Hinweis auf die Vereinheitlichung dieser Begriffe im gesamten Kartellrecht deuten. In Mitten der teleologischen Erwägungen sollte nicht übersehen werden, dass eine wirtschaftliche Einheit immer von einem „Bündel“ an Abhängigkeiten lebt, welche im Regelfall bereichsübergreifend sind und sich zB nicht auf bloße marktpolitische Entscheidungen beschränken. Hätte der Gesetzgeber eigene kartellrechtliche Konzerndefinitionen vorsehen wollen, hätte er genug Zeit gehabt, diese zu implementieren. Stattdessen hat er sich mit Verweisen auf das Gesellschaftsrecht begnügt, welche den

Eindruck stärken, dass sich – wie bereits oben unter Punkt D.II.b. erläutert – die Beherrschungs- und Konzerndefinitionen de facto in den verschiedenen Rechtsbereichen kaum unterscheiden. Weiters wird – wie bereits wiederholt dargestellt – auch im Rahmen des EU-Rechts nicht von einem eigenen kartellrechtlichen Zusammenschlussbegriff auszugehen sehen. Vielmehr ist in Art 3 Abs 3 FKVO eine Definition für den beherrschenden Einfluss zu finden, die sowohl § 15 Abs 2 AktG als auch § 7 Abs 1 Z 5 KartG weitgehend gleichzuhalten ist.

Ob es nun nicht generell für die Anwendung des Konzernprivilegs von Vorteil wäre, als einzige Voraussetzung den beherrschenden Einfluss heranzuziehen, ist eine andere Frage. Damit würde man wohl einen Schritt weiter gehen und vom Konzept der wirtschaftlichen Einheit absehen, was allerdings den unionsrechtlichen Bestimmungen, auf die auch der mehrfach OGH verweist, kaum entsprechen würde (vgl unter Punkt G. unten sowie im 3. Kapitel zum kartellrechtlichen Konzernprivileg). Wie schon festgestellt wurde, obliegt es ja allein dem herrschenden Unternehmen von seinen Kontrollmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Die Entscheidung, endgültig den Konzern mit der bloßen Beherrschungsmöglichkeit gleichzustellen, ist jedoch Sache des Gesetzgebers, welcher insbesondere mit seinen Verweisen auf das gesellschaftsrechtliche Konzernrecht von einer derartigen Interpretation offenbar Abstand nimmt.

Schlussendlich lässt das *Postbus*-Urteil zum Thema des Konzernprivilegs im Zusammenschlussrecht viele Fragen offen, wobei bis zum Schluss auf Grund der vorsichtigen Formulierungen des OGH nicht völlig klar ist, ob jede Art von beherrschendem Einfluss für die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs ausreichen soll.

II. Die Brau Union-Entscheidung des OGH

Der OGH hat sich auch in seiner Entscheidung vom 30.5.2005, 16 Ok 16/04 (in der Folge *Brau Union*-Fall) mit dem Thema des Konzernprivilegs gemäß § 7 Abs 4 KartG befasst.

Die Brau Union AG (in der Folge „Brau Union“) hatte bereits im Jahr 2001 33% der Geschäftsanteile am Stammkapital der Schladminger Brau GmbH (in der Folge „Schladminger Brauerei“) erworben und das Zusammenschlussvorhaben damals auch gemäß § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG angemeldet. Gleichzeitig hatte sich die Raiffeisenlandesbank (in der Folge „RLB“) bereits im Rahmen eines Syndikatsvertrags verpflichtet, alle Vorschläge und Weisungen der Brau Union zu unterstützen. Dieser Syndikatsvertrag sah in Punkt VI. unter anderem vor, dass Änderungen in der

Geschäftsführung der Schladminger Brauerei, Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Beschlussfassung über den Jahresabschluss der Schladminger Brauerei sowie Fragen über Budget, Investitionen und Ausweitung der Fremdfinanzierung einem einstimmigen Syndikatsbeschluss zu unterliegen hätten. Der Brau Union sollte darüber hinaus ein Vorschlagsrecht für einen weiteren Geschäftsführer zustehen, wobei die Betriebsführung der Schladminger Brauerei der Brau Union zustehen sollte. Der handelsrechtliche Geschäftsführer werde aber weiterhin durch die RLB-Beteiligung bestellt. Davor befand sich die Schladminger Brauerei zu 90 Prozent im Eigentum der RLB und zu 10 Prozent im Eigentum einer Genossenschaft lokaler Gastronomiebetriebe. Dieses Vorhaben wurde mit Auflagen genehmigt, sodass der Zusammenschluss erfolgte.

In einer Pressemitteilung gab die Brau Union 2004 bekannt, dass sie ihren Geschäftsanteil iHv 33% am Stammkapital der Schladminger Brauerei auf 90% aufgestockt, diesen Erwerb in das Firmenbuch eingetragen und somit alle Anteile der RLB an der Schladminger Brauerei erworben habe. Der BKA^{nw} beantragte sohin festzustellen, dass die Erhöhung der Beteiligung der Brau Union von 33% auf 90% verbotener Weise erfolgt sei und stellte einen Geldbußenantrag. Die Brau Union beantragte dagegen die Abweisung dieser Anträge mit der Begründung, dass bereits 2001 der alleinige Kontrollenerwerb an der Schladminger Brauerei unter Auflagen genehmigt worden sei, zumal der Zusammenschluss ausdrücklich nach § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG und nicht bloß nach § 41 Abs 1 Z 3 (nun § 7 Abs 1 Z 3 nF) KartG beantragt worden war. Damit hätte man bereits damals klar gemacht, dass wirtschaftlich gesehen nicht nur der Beteiligungserwerb, sondern die Integration der Schladminger Brauerei in die Brau Union beabsichtigt war und dieser Gesamtvorgang durch die Genehmigung des Zusammenschlusses gedeckt gewesen wäre. Des Weiteren unterliege das gegenständliche Aufstocken der Anteile dem Konzernprivileg nach § 41 Abs 3 (nun § 7 Abs 4 nF) KartG, zumal auf Grund des Syndikatsvertrags die Brau Union trotz Minderheitsbeteiligung bereits vorher über die Stimmenmehrheit in der Generalversammlung verfügt habe. Die Geschäfte der Schladminger Brauerei und deren Budget seien dabei auch schon durch die Brau Union vorgegeben worden und es sei schlussendlich zur beabsichtigten vollständigen Integration in das Unternehmen der Brau Union gekommen. Die erforderliche Einstimmigkeit der Beschlussfassung in den in Punkt VI. des Syndikatsvertrags angeführten Fällen stehe dem nicht entgegen, weil Maßnahmen der operativen Geschäftsführung sowie solche des operativen Budgets dennoch der Brau Union zustehen würden. Dagegen brachte die BWB vor, dass die Aufstockung der Beteiligung sehr wohl zu einem zusätzlichen Herrschaftserwerb geführt hätte, weshalb sich hinsichtlich der möglichen Auswirkungen auf die Marktstellung der beteiligten Unternehmen die Notwendigkeit einer neuerlichen Zusammenschlussprüfung ergeben würde.

Das Erstgericht gab dem Feststellungsantrag des BKAAnw mit der Begründung Folge, dass die Brau Union nicht in einem Konzernverhältnis zur RLB (der Veräußerer der Anteile der Schladminger Brauerei) stehe. Daraufhin gab OGH dem Rekurs der Brau Union Folge.

Es wurde zunächst festgestellt, dass die Erhöhung der Beteiligung von 33% auf 90% unstrittig den Tatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 (nun § 7 Abs 1 Z 3 nF) KartG erfüllen würde. Allerdings müsse ein Zusammenschluss verneint werden, wenn alle beteiligten Unternehmen einem Konzern iSd § 41 Abs 3 (nun § 7 Abs 4 nF) KartG angehörten. Dazu verwies der OGH auf § 15 AktG und § 115 GmbHG. Dieses Konzernprivileg sei vom Gesetzgeber im Rahmen der KartGNov 1993 eingeführt worden, damit Verschiebungen innerhalb des Konzerns nicht dem Zusammenschlusstatbestand unterliegen.³¹⁶

Der OGH widmete sich sohin dem Begriff der „beteiligten Unternehmen“ iSv § 7 Abs 4 KartG und stellte entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung fest, dass die Anwendung des Konzernprivilegs nicht auf Grund dessen scheiterte, dass der Erwerber und der Veräußerer nicht gemäß § 7 Abs 1 KartG verbunden seien. Der Begriff der „beteiligten Unternehmen“ werde laut OGH im Gesetz nicht näher definiert, auch aus den zitierten Materialien lasse sich keine klare Definition herleiten,

„weil auch der Erwerb eines weiteren Anteils am abhängigen Konzernunternehmen durch das herrschende Unternehmen als "Verschiebung innerhalb eines Konzerns" angesehen werden kann“.

Ähnlich wie im Rahmen des § 9 KartG bei der Berechnung der Schwellenwerte (s dazu eingehender, oben unter Punkt E.I.), wurde auch im gegenständlichen Fall angenommen, dass der Erwerber sowie das Unternehmen, an welchem Anteile erworben wurden, nicht jedoch der lediglich mitwirkende Veräußerer, als „beteiligte Unternehmen“ des Zusammenschlusses anzusehen seien.³¹⁷

Dieser Ansicht ist zweifelsohne beizupflichten, denn bei der Beurteilung des Konzernprivilegs kann, noch deutlicher als im Rahmen der Schwellenwerte, der Veräußerer keinesfalls als „beteiligtes Unternehmen“ angesehen werden. Dafür wäre nicht einmal die vom OGH geschilderte Heranziehung der Beteiligtenstellung bei den jeweiligen Zusammenschlusstatbeständen des § 7 Abs 1 KartG notwendig gewesen. Denn was hätte es für einen Grund, bei der Beurteilung, ob das Konzernprivileg einschlägig ist, den Veräußerer, welcher nach dem Zusammenschluss ohnehin nichts mehr mit den Beteiligungen zu tun hat, in den Konzern miteinzubeziehen? Es kann schlussendlich nur um

³¹⁶ Dabei verwies der OGH auf die Mat zur KartGNov 1993, (EBRV 1096 BlgNR 18. GP 20).

³¹⁷ Dazu va auch die Verweise des OGH auf *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, § 13 Rn 43 mwN; *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 105; dieselbe, *ecolex* 1994, 475; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht, 122.

die Parteien gehen, welche nach dem Zusammenschluss als Konzernunternehmen verbleiben und somit den Konzern ausmachen. So hätte auch im gegenständlichen Fall die RLB als Veräußerer nichts mit dem Verbund Brau Union – Schladminger Brauerei zu tun. Es wäre nicht rechtfertigbar, die RLB als Konzernunternehmen zu behandeln. Bei der Beurteilung, wer die „beteiligten Unternehmen“ sind, ist im gegenständlichen Fall auch irrelevant, ob man die Konzerneigenschaft aus dem beherrschenden Einfluss iSd § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG oder aus der einheitlichen Leitung nach § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 AktG leitet (mehr dazu im Folgenden). Der Anteilsveräußerer wäre – sofern er nicht weiterhin selbst konzernmäßig verbunden bleibt – in keinem dieser Fälle miteinzubeziehen. Schlussendlich hat der OGH also zu Recht den Begriff der „beteiligten Unternehmen“ als Grundlage für das Ausscheiden des Konzernprivilegs verneint (im Gegensatz zum KG in erster Instanz).

Der OGH stellte weiters fest, dass bereits vor der gegenständlichen Beteiligungsaufstockung „eine konzernmäßige Verbundenheit“ der Brau Union und der Schladminger Brauerei existierte. Dies ginge aus dem Syndikatsvertrag und aus der bedeutenden Stellung der Brau Union trotz Minderheitsbeteiligung hervor. Das Verhältnis sei „als Verbindung iSd § 41 Abs 1 Z 5 [nun § 7 Abs 1 Z 5 nF] KartG zu qualifizieren.“ Dabei verwies der OGH auf den „kartellrechtsspezifischen Beherrschungsbegriff“. Das Höchstgericht übernahm beinahe wörtlich die Auslegungen aus dem *Postbus*-Urteil und stellte in der Folge fest,

„dass aufgrund der im Pkt IV. Abs 1 des Syndikatsvertrags vereinbarten Betriebsführung der Brauerei S allein durch die AG, Durchführung aller Maßnahmen der Geschäftsführung, einschließlich aller Weisungen an die Geschäftsführung, durch die AG, generellen Zustimmung der Mehrheitsgesellschafterin zu allen von der AG vorgeschlagenen Geschäftsführungsmaßnahmen die AG einen beherrschenden Einfluss iSd § 41 Abs 1 Z 5 [nun § 7 Abs 1 Z 5] KartG auf die Brauerei S ausüben konnte“.

Diese Ausführungen des OGH beinhalten ähnliche Unklarheiten auf wie jene in der *Postbus*-Entscheidung. Von einer „konzernmäßigen Verbundenheit“ kann im Rahmen des § 7 Abs 1 Z 5 KartG keine Rede sein, was wiederum diese Bestimmung als untaugliche (einzige) Interpretationsgrundlage erscheinen lässt. Der OGH folgerte erneut die Konzerndefinition aus einem vom eigentlichen Konzernbegriff fremden Zusammenschlusstatbestand. Der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ wurde im gesamten Urteil kein einziges Mal angeführt, was im Lichte sämtlicher dargestellten Konzerndefinitionen äußerst fraglich ist. Ähnlich wie im *Postbus*-Urteil verwies hier der OGH zur Verdeutlichung seiner Argumentation auf den „weiten“ Konzernbegriff des

Gesellschaftsrechts, welchem er sich in einer vorhergehenden Entscheidung – bei der jedoch tatsächlich die Auslegung von § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG Thema war – ausführlich gewidmet hatte.³¹⁸

In Wahrheit wäre im Fall *Brau Union* auf Grund der Syndikatsverträge jedenfalls ein beherrschender Einfluss und somit eine wirtschaftliche Einheit zwischen der Brau Union und der Schladminger Brauerei (jeweils widerlegbar) zu vermuten gewesen, weshalb im Ergebnis auch nach dieser Prüfung das Konzernprivileg anzuwenden gewesen wäre. Denn es deutet im Sachverhalt nichts darauf hin, dass die Kontrolle auf Grund des Syndikatsvertrags nicht tatsächlich ausgeübt wurde. Allerdings wäre es den Gegenparteien bei der mE rechtlich richtigen Annahme der Widerlegbarkeit der Vermutungen möglich gewesen, die Konzerneigenschaft der beteiligten Unternehmen zu bestreiten. Der direkte Schluss von der „Verbindung iSd § 41 Abs 1 Z 5 KartG“ (nun § 7 Abs 1 Z 5 KartG nF) auf das Konzernprivileg wurde auch in diesem Fall nicht überzeugend begründet.

Schließlich befasste sich der OGH mit der Veränderung der internen Matchverhältnisse, diesmal mit ausdrücklichem Verweis auf die *Postbus*-Entscheidung, hatte er dabei doch festgestellt,

„dass es Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle ist, eine Marktstruktur mit einer möglichst großen Anzahl "selbständiger" Marktteilnehmer und das daraus resultierende Potential zum Wettbewerb zu erhalten“.

Danach wiederholte das Höchstgericht, dass eine Verbindung iSd § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG

„bei einer am Zweck des § 41 Abs 3 KartG orientierten Auslegung nach den Umständen des Einzelfalls für die Annahme eines Konzernverhältnisses genügen kann“.

Es sei der Meinung *Gugerbauers* beizupflichten, wonach nach dem genehmigten Erlangen eines beherrschenden Einflusses nach § 41 Abs 1 Z 5 (nun § 7 Abs 1 Z 5 nF) KartG bei Vorliegen eines Sachverhalts, der die Kriterien nach Abs 1 Z 1 bis 4 bzw Abs 2 KartG erfüllt, kein erneuter Zusammenschluss anzunehmen sei.³¹⁹

Dass es sich beim Abstellen auf die (Nicht-)Veränderung der internen Matchverhältnisse um kein separat anzusehendes Merkmal, sondern vielmehr um eine Konsequenz der wirtschaftlichen Einheit handelt, wurde bereits im Rahmen der Analyse zum *Postbus*-Urteil ausführlich behandelt. Dies wird auch dadurch bewiesen, dass der OGH im Anschluss darauf wieder zu seinen Erklärungen hinsichtlich des beherrschenden Einflusses

³¹⁸ OGH 17.12.2001, 16 Ok 9/01 (SZ 74/199).

³¹⁹ Dazu der Verweis auf *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle, 31.

zurückkehrte. Zweifelsohne richtig ist – wie oben erwähnt – die Ansicht der OGH, dass der Veräußerer nicht als beteiligtes Unternehmen eines Zusammenschlusses zu gelten hat, falls er nach dem Zusammenschluss nicht (mehr) konzernmäßig verbunden ist. Davon ist aber streng die Frage zu unterscheiden, ob zwischen dem Erwerber und dem Unternehmen, an welchem die Anteile erworben wurden, tatsächlich ein Konzernverhältnis besteht.

Ob letzten Endes der OGH auch im Fall *Brau Union* zum richtigen Ergebnis gekommen ist, ist daher vorweg nicht eindeutig zu beantworten. Da bereits der Erwerb einer (gemeinsamen) Kontrolle einen der Fälle des § 7 Abs 1 Z 5 KartG darstellt, kann freilich nicht bei jeder bereits bestehenden Verbindung nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG ein Konzern angenommen werden. Der OGH erklärt in dieser Entscheidung jedenfalls nicht, was in einem solchen Fall zum beherrschenden Einfluss dazukommen müsste, um von einem Konzern zu sprechen, wenn er schon nicht (wie es richtig wäre) auf das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit abstellt (es komme nur auf „die Umstände des Einzelfalles“ an). Diese Problemstellung belegt eindeutig, dass für die Konzerneigenschaft im Zusammenschlussrecht entgegen den Andeutungen des OGH im *Postbus*- und im *Brau Union*-Urteil niemals nur auf den beherrschenden Einfluss iSd § 7 Abs 1 Z 5 KartG abgestellt werden kann, weil sonst zB der Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle immer von der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen wäre und dies den Auffangtatbestand ad absurdum führen würde.

Gerade in diesem Fall, in dem aus dem Syndikatsvertrag nicht klar hervorgeht, wem letzten Endes die (wichtigsten) Kontrollbefugnisse, insbesondere im Rahmen der Geschäftsführung und des Budgets, zustehen, hätte man nicht bloß auf den Syndikatsvertrag, sondern auf die tatsächliche Ausübung dieser Befugnisse im Sinne der wirtschaftlichen Einheit abstellen müssen. Somit hätten die Amtsparteien jedenfalls auch den Weg der Widerlegung der Konzernvermutung bestreiten und nicht bloß den Inhalt des Syndikatsvertrages aufgreifen sollen. Hierbei wäre es interessant gewesen, ob der OGH tatsächlich nur auf den beherrschenden Einfluss für die Annahme eines Konzerns abgestellt hätte oder ob er richtigerweise auch den Beweis des Fehlens einer einheitlichen Leitung zur Widerlegung der Konzerneigenschaft zugelassen hätte. Denn auf Grund seiner Ausführungen zum beherrschenden Einfluss in der *Postbus*-Entscheidung sowie aus dem gegenständlichen Fall lässt sich nicht genau vorhersehen, wie sich der OGH bzgl einer solchen strittigen Konzernvermutung entscheiden und insbesondere auch wie er dies begründen würde.

III. Die Anwendung der OGH-Rsp zu § 7 Abs 4 KartG in der Praxis

Aus den OGH-Urteilen ist also die Tendenz herauszudeuten, dass bei der Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG wohl automatisch und unwiderlegbar die gesellschaftsrechtliche Konzernvermutung greift. *Urlesberger* will aus diesen Entscheidungen einen höheren Maßstab als § 7 Abs 1 Z 5 KartG als „Untergrenze“ für § 7 Abs 4 KartG herauslesen (arg. nur „nach Umständen des Einzelfalles“ genüge eine Beherrschung gemäß § 7 Abs 1 Z 5 KartG laut der *Brau Union*-Entscheidung des OGH).³²⁰ Diese Argumentation ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Um aus dieser Aussage des OGH jedoch zusätzliche Voraussetzungen herauszudeuten, fehlt jedoch jegliche dafür notwendige Konkretisierung, wie dies schlussendlich auch *Urlesberger* anerkennt. Daher bleibt auf Grund der etwas zaghaften Ausführungen des OGH das genaue Maß an „Beherrschung“ bzw an „einheitlicher Leitung“ unklar, welches für die Anwendung von § 7 Abs 4 KartG notwendig ist.

Konkretere Hinweise liegen nur für den Fall einer Privatstiftung vor, in deren Rahmen die einem Stifter gehörenden Aktien auf die vom Stifter beherrschte Privatstiftung übertragen werden. Hierbei soll das Konzernprivileg nach § 7 Abs 4 KartG einschlägig sein, wenn sich der Stifter den Widerruf oder die Änderung der Stiftung ausdrücklich vorbehalten hat.³²¹ Dieses Widerrufsrecht soll laut KG genügen, um den „maßgebenden Einfluss“ des Stifters auf die Geschäftsführung der Stiftung zu bejahen, weil er Entscheidungen, welche seinen Interessen entgegenstehen, dadurch begegnen kann. Auf Grund dieser bloßen Steuerungsmöglichkeit wurde – mE fragwürdigerweise – geschlossen, dass eine bloße Vermögensumschichtung vorliegen würde, welche von der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen wäre. Ob in diesem Rahmen tatsächlich von einem „Konzern“ bzw einer „wirtschaftlichen Einheit“ zwischen Stifter und Stiftung gesprochen werden kann, ist mMn äußerst fraglich. Denn es wurde in dieser Entscheidung nur auf die bloße Widerrufs- und Änderungsmöglichkeit der Stiftung abgestellt. Bei diesen Möglichkeiten handelt es sich regelmäßig um Extremfälle, welche dementsprechend unwahrscheinlich zur Anwendung kommen. Angesichts der bloßen „Androhung“ solcher eher unplausiblen Steuerungsmechanismen auf einen Konzern zu schließen, geht mE zu weit, zumal die rechtlich zulässigen Einflussmöglichkeiten des Stifters, der zugleich Begünstigter ist, relativ gering sind.³²²

³²⁰ *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 51 und 113; ähnlich auch *Barbist*, Anwendungsbereich des Konzernprivilegs, ÖBl 2005, 277.

³²¹ OLG als KG 28.9.2000, 25 Kt 286/00 (ecolex 2001, 56); vgl auch *Egermann/Reidlinger*, Konzernprivileg bei Privatstiftungen, ecolex 2001, 56 f; weiterführend auch *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 ff.

³²² Vgl zur Interessenskollision OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x (SZ 70/92).

In diesem Zusammenhang kann man sich auch auf Grund der Eigenheiten des österreichischen Zusammenschlussrechts fragen, ob zB für den Fall, dass an einem gemeinsam beherrschten Unternehmen ein Beteiligungsverhältnis von 51:49 existiert und sich dieses zu 49:51 bei Beibehaltung der gemeinsamen Kontrolle verändert, das Konzernprivileg greift. Auf Grund der OGH-Rsp lässt sich auf diese Frage keine klare Antwort finden. Rein formell gesehen wäre durch diesen Vorgang der Zusammenschlusstatbestand des § 7 Abs 1 Z 3 KartG erfüllt. *Urlesberger* vertritt die Auffassung, dass ein solcher Vorgang als „interne Reorganisation“ mangels Veränderung der Machtverhältnisse vom Konzernprivileg erfasst sein sollte.³²³ MMn müsste man, um auf das Konzernprivileg zurückgreifen zu können, zunächst feststellen, ob tatsächlich eine wirtschaftliche Einheit vorliegt. Diese könnte man im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens fingieren, wenn auf Grund der Kooperation beider Mütter der bestimmende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. In einem solchen Fall wäre das Konzernprivileg anwendbar. Falls jedoch die Einflussmöglichkeiten von beiden Müttern gemeinsam (oder nur von einer Mutter) zu keinem Zeitpunkt ausgeübt werden, kann mE keinesfalls von einer wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden und dieser Vorgang würde nicht dem Konzernprivileg unterliegen (zu einem ähnlichen Schluss ist das EuG im Rahmen der Verhaltenszurechnung gekommen³²⁴, vgl dazu 3. Kapitel unter Punkt B.IV.).

Daher wäre es mE dogmatisch und systematisch richtiger, dass auch im Falle eines nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG genehmigten Zusammenschlusses zwischen den betroffenen Unternehmen (entgegen dem OGH widerlegbar) die Vermutung aufgestellt wird, dass diese einen Konzern bilden (vgl dazu die Vermutungen des Gesellschaftsrechts im 1. Kapitel unter Punkt B. und die unionsrechtlichen Vermutungen zu Verhaltenszurechnung im 3. Kapitel unter B.II. und IV.). Freilich gilt diese Vermutung nur für die Anwendungsfälle der Z 5 und nicht automatisch für jene der Z 2 bis 4. In diesen Fällen wird man neben der Einschlägigkeit dieser Tatbestände auch jedes Mal prüfen müssen, ob tatsächlich ein Konzern oder zumindest ein beherrschender Einfluss vorliegt, um in den Anwendungsbereich des § 7 Abs 4 KartG zu gelangen. So hat auch *Hoffer* richtigerweise festgehalten, dass es für den Fall der gemeinsamen Kontrolle „zwischen den gemeinsam kontrollierenden und dem kontrollierenden Unternehmen nicht automatisch zu einem kartellrechtsimmunen Konzern kommt“. Die bloße Verbindung nach § 7 KartG reiche für eine Konzernbildung nicht unbedingt aus.³²⁵

Schlussendlich wird es in der Regel im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens für die Anmelder günstiger sein, bereits im Rahmen der Anmeldung bei der BWB auf einen

³²³ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 7 Rn 115.

³²⁴ EuG 27.9.2006, *Avebe BA/Kommission*, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085 Rn 137-141.

³²⁵ *Hoffer*, ÖBl 2008, 248 f.

Zusammenschluss nach dem Auffangtatbestand der Z 5 hinzuweisen, um sich spätere Beweisanträge zur Konzerneigenschaft zu ersparen. Die Beweislast, dass in diesem Fall kein Konzern vorliege, würde den Amtsparteien obliegen.

Dieses Verständnis des beherrschenden Einflusses im Zusammenschlussrecht ist auch mit dem Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach § 20 KartG im Einklang. Wird nämlich ein Zusammenschluss nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG genehmigt, so kann es nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, bei einem erneuten Zusammenschluss zwischen den beteiligten Unternehmen abermals ein Zusammenschlussverfahren durchzuführen, obwohl zwischen ihnen bereits ein beherrschender Einfluss festgestellt wurde. Selbst in jenen Fällen, in denen „lediglich“ ein solcher beherrschender Einfluss – nicht aber auch die Konzerneigenschaft iS einer wirtschaftlichen Einheit – festgestellt wurde, ist fraglich, ob immer ein neues Zusammenschlussverfahren eingeleitet werden soll.³²⁶ Dabei muss jedoch die Möglichkeit für die Gegenparteien erhalten bleiben, durch den Beweis des Fehlens einer wirtschaftlichen Einheit die Konzerneigenschaft zu widerlegen. Dass, wie dies *Gugerbauer* darstellt, auch nach § 15 Abs 2 AktG verbundene Unternehmen jedenfalls unter das Konzernprivileg fallen, ohne gleichzeitig den Tatbestand einer wirtschaftliche Einheit zu erfüllen, geht – wie bereits im Rahmen der *Postbus*- und der *Brau-Union*-Entscheidungen festgestellt wurde – jedoch zu weit und entspricht nicht dem Gesetzeswortlaut (näheres dazu, s auch oben unter Punkt F.I.c.).

Das mE richtige Abstellen auf die wirtschaftliche Einheit für das Konzernprivileg steht auch weitgehend mit den Ausführungen zum EU-Recht im Einklang, weil auch dort einerseits der Kontrollerwerb am gleichen Unternehmen nicht mehrmals geprüft werden soll und andererseits die bloße Beherrschungsmöglichkeit nicht per se für die Annahme des Konzernprivilegs ausreichen kann, wie sogleich zu sehen sein wird.

G. Das Konzernprivileg im europäischen Zusammenschlussrecht

Unionsrechtlich gesehen gibt es keine ausdrücklich geregelte Bestimmung bzw ausgeprägte Jud zur Konzernausnahme im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle. Der einzige tatsächliche Hinweis auf das Konzernprivileg im Zusammenschlussrecht ist in der Konsolidierten Mitteilung zu finden, welche Folgendes normiert:

„Ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung liegt nur dann vor, wenn die Kontrolle in andere Hände übergeht. Eine interne Reorganisation in einer Unternehmensgruppe ist kein Zusammenschluss. Dies gilt beispielsweise für den

³²⁶ Ähnlich auch *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle, 31.

Ausbau einer Beteiligung, der nicht zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse führt, oder für Reorganisationsmaßnahmen wie die Fusion einer doppelt börsennotierten Gesellschaft zu einer einzigen juristischen Person oder die Fusion von Tochtergesellschaften. Ein Zusammenschluss könnte nur dann vorliegen, wenn die Transaktion zu einer Änderung der Art der Kontrolle in einem Unternehmen führt und infolgedessen nicht länger als intern anzusehen ist.“³²⁷

Die damit eingehende Frage, was unter einer „Unternehmensgruppe“ iSd Mitteilung zu Verstehen ist, ist unklar. Fraglich ist va, ob es sich dabei um eine wirtschaftliche Einheit handeln soll, welche – ähnlich dem der Konzernbegriff der § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG – auf die tatsächliche Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten abstellt, oder um die bloße Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses.

Teilweise wird argumentiert, der Tatbestand des Art 3 FKVO werde im Rahmen des Konzerns schon deshalb nicht erfüllt, weil die Unternehmen nicht voneinander unabhängig seien.³²⁸ Diese Unabhängigkeit wird jedoch einerseits nur im Rahmen des Fusionstatbestands nach Art 3 Abs 1 lit a FKVO in den Vordergrund gestellt. Andererseits bleiben auch innerhalb eines Konzerns die Unternehmen bis zu einem gewissen Grad unabhängig, weshalb diese Argumentation fraglich ist (ähnlich auch die Diskussion hinsichtlich Art 101 Abs 1 AEUV, s dazu 3. Kapitel unter Punkt A.III.).

Wie noch im Rahmen der Kartellverbots zu sehen sein wird (s dazu eingehend unten, 3. Kapitel), geht man offenbar auch im Zusammenschlussrecht aus mangelnder wirtschaftlicher Selbständigkeit der kontrollierten Töchter davon aus, dass innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit kein fusionskontrollrechtlich relevanter Tatbestand iSd FKVO gesetzt werden kann.³²⁹ Zu den Erklärungen, weshalb sich konzerninterne Zusammenschlusstatbestände nicht auf den (potentiellen) Wettbewerb auswirken können, sei an dieser Stelle ebenfalls auf die Erklärungen im Rahmen des Kartellverbots nach Art 101 Abs 1 AEUV verwiesen (s dazu 3. Kapitel, A.IV. und V.). Denn ob es sich um eine Marktstruktur- oder um eine Marktverhaltenskontrolle handelt, ist für den Telos des Konzernprivilegs unerheblich: Was innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit (maW eines Konzerns) passiert, kann grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung Dritten gegenüber darstellen. Daher wird wohl auch im Rahmen des Zusammenschlussrechts das Konzernprivileg auf die mangelnde Beeinträchtigung des Wettbewerbs zurückzuführen sein.

³²⁷ Konsolidierte Mitteilung Rn 51.

³²⁸ So zB *Wessely/Wegner* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht I, Art 3 FKVO Rn 11.

³²⁹ *Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht, 9.

Die genaue Grenze dieser wirtschaftlichen Einheit soll laut *Stockenhuber*³³⁰ anhand des Kontrollerwerbs nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO festgelegt werden. Dabei würde man die Unterscheidung, die beispielsweise im österreichischen Recht zwischen einheitlicher Leitung beherrschendem Einfluss getroffen wird, außer Acht lassen. Offenbar hat sich – wie oben beschrieben – auch der OGH für eine ähnliche Variante entschieden, obwohl dies nicht eindeutig aus seinen Entscheidungen herauszulesen ist. Ein derartiger Lösungsansatz, welcher zur Bejahung des Konzernprivilegs bloß auf die Kontrollmöglichkeit abstellt, ist mE jedoch fehlgeleitet. Wie bereits im 1. Kapitel dargestellt wurde, ist stets zwischen bloßer Kontrollmöglichkeit und tatsächlicher Ausübung der Kontrolle zu unterscheiden, was zwar das Wesen des Konzernrechts schwierig gestaltet, mE jedoch zur tatsächlichen Abgrenzung der wirtschaftlichen Einheit notwendig ist.

Weiter oben wurde bereits erklärt, dass auch im EU-Recht nicht schon jeder Kontrollerwerb eines Unternehmens an einem anderen, jeden weiteren Kontrollerwerb in dieser Konstellation per se von der Zusammenschlusskontrolle freistellt. Dies ist zwar grundsätzlich der Fall, jedoch sind ausnahmsweise gewisse Fälle der Kontrollverstärkung oder der Übergang gemeinsamer zur alleinigen Kontrolle wiederum unter den Tatbestand des Art 3 Abs 1 lit b FKVO zu subsumieren (s dazu eingehender, oben unter Punkt B.V.). Dass also von Haus aus jede Kontrolle iSv Art 3 Abs 1 lit b FKVO als Maßstab für das Konzernprivileg im EU-Recht herangezogen werden kann, ist bereits aus diesem Grund unmöglich. Grundsätzlich kann auch in jenen Fällen, in denen ein Zusammenschluss iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO durchgeführt wurde, die Gefahr vorhanden sein, dass nach dem Wortlaut der Konsolidierten Mitteilung die Kontrolle „in andere Hände“ übergeht. Die zitierte Konsolidierte Mitteilung wiederholt weiters, dass bloß die Änderung der Art der Kontrolle den Zusammenschlusstatbestand erfüllt. Dies ist jedoch nicht wirklich einem allfälligen Konzernprivileg zuzurechnen, sondern scheitert bereits am Tatbestand des Kontrollerwerbs nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO, weil in anderen Fällen keine „zusätzliche“ Kontrolle in diesem Sinne erworben wird.

Daher werden bei der Beurteilung, ob die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehenden Unternehmen einer (erneuten) Zusammenschlusskontrolle unterliegen, folgende Grundfälle zu unterscheiden sein:

- Wurde bereits ein genehmigter Zusammenschluss durchgeführt, so ist zu beurteilen, ob sich bei einem zusätzlichen Kontrollerwerb tatsächlich die Art der Kontrolle ändert. Verneinendenfalls handelt es sich um keinen Kontrollerwerb iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO, was allerdings nicht dem Konzernprivileg zuzurechnen ist.

³³⁰ *Stockenhuber*, Die Europäische Fusionskontrolle, 77.

- Handelt es sich bei der Unternehmensverbindung um eine wirtschaftliche Einheit, wobei die Leitungsmacht tatsächlich ausgeübt werden muss, ist unerheblich, in welchem Umfang und in welcher Art und Weise sich innerhalb der wirtschaftlichen Einheit die Machtverhältnisse verändern. Diesfalls handelt es sich immer um eine Reorganisationsmaßnahme iSd Mitteilung, welche – wie auch im österreichischen Recht nach § 7 Abs 4 KartG – stets auf Grund des Konzernprivilegs aus den Zusammenschlusstatbeständen der FKVO ausgenommen ist.
- Auch eine Fusion nach Art 3 Abs 1 lit a FKVO liegt nicht vor, wenn bereits eine wirtschaftliche Einheit vorliegt und die Unternehmen ihre Verbindung untereinander weiter verstärken.³³¹

So muss mE die Frage des Konzernprivilegs weitgehend losgelöst von den Kontroll- und Beherrschungstatbeständen geklärt werden. Zwar kann eine solche Beherrschungsmöglichkeit – wie im 1. Kapitel ausführlich analysiert – stets das Vorhandensein eines Konzerns indizieren. Der Konzern, auf welchen auch das Konzernprivileg zugeschnitten sein muss, ist jedoch eine intensivere Art der Unternehmensverbindung als die Kontrolle iSv Art 3 Abs 1 lit b FKVO.³³² Daher kann im Ergebnis dem Ansatz *Stockenhubers* nicht zugestimmt werden: Zwar ist die wirtschaftliche Einheit der Maßstab für die Konzerneigenschaft, die Kontrolle nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO ist selbst jedoch nicht Maßstab, sondern bloß ein Indiz, für das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit. Dies kann jedoch nicht mit der bloßen Erteilung von Weisungen gleichgesetzt werden³³³, auf die es – wie bereits wiederholt erwähnt – im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit nicht ausschließlich ankommt. So wird für den Fall, in dem die Mutter regelmäßig keinen Einfluss ausübt und kurz vor einem Zusammenschluss nur aus Zwecken der Konzernbejahung Weisungen erteilt, keine wirtschaftliche Einheit anzunehmen sein, was sich bereits aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergeben muss.

Letzten Endes wird sich auch das Konzernprivileg im Rahmen des unionsrechtlichen Zusammenschlussrechts an dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit orientieren müssen, welcher sich insbesondere zum Konzernprivileg und zur Verhaltenszurechnung im Rahmen von Art 101 und 102 AEUV herausgebildet hat (s dazu sogleich im 3. Kapitel).³³⁴ Eine abweichende Definition der wirtschaftlichen Einheit im Zusammenschlussrecht erscheint

³³¹ *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 20.

³³² So auch *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 36 Rn 49. Ähnlich wird auch im Rahmen des Art 3 Abs 1 lit a FKVO für den Fusionstatbestand ebenfalls der „Konzern“ herangezogen. Dabei wird argumentiert, dass Konzernunternehmen nicht iSd Gesetzes „bisher voneinander unabhängig“ sind. Vgl dazu zB auch *Aicher*, Aspekte der Fusionskontrolle in der EG – Konsequenzen für Österreich (1992) 12; eingehend *Stockenhuber*, Die Europäische Fusionskontrolle, 75 mwN.

³³³ So offenbar *Stockenhuber*, Die Europäische Fusionskontrolle, 77.

³³⁴ So auch *Baron in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 3 FKVO Rn 11 ff und 20.

auch weder aus systematischen noch aus teleologischen Gründen indiziert, da der wirtschaftliche Gehalt des Konzerns im Zusammenhang mit wettbewerblichen Überlegungen sowohl im Zusammenschlussrecht als auch im Kartellrecht vordergründig ist.

Weitere Fragen stellen sich hinsichtlich Beteiligungen staatlicher Unternehmen, dh wenn beide Unternehmen, das übernehmende wie das übernommene, demselben Staat (oder derselben öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Gemeinde) angehören. Wie bereits im Rahmen der *Postbus*-Entscheidung des OGH angedeutet (vgl dazu oben unter Punkt F.I.), existieren bei der Zusammenlegung staatlicher Beteiligungen besondere Regelungen, welche dem „Staatsholdingprinzip“ nicht unähnlich sind:

„In diesem Fall hängt die Entscheidung, ob der Vorgang als interne Reorganisation anzusehen ist, wiederum davon ab, ob beide Unternehmen zuvor Teil derselben wirtschaftlichen Einheit waren. Wenn die Unternehmen zuvor verschiedenen wirtschaftlichen Einheiten angehörten, die eine autonome Entscheidungsbefugnis besaßen, dann liegt ein Zusammenschluss vor und keine interne Reorganisation.“³³⁵

Bis dahin besteht kein Unterschied zur allgemeinen Regel. Dies wird insbesondere dadurch bestätigt, dass in Rn 52 „wiederum“ auf die wirtschaftliche Einheit abgestellt wird, was die Ansicht bestätigt, dass es sich auch bei der „Unternehmensgruppe“ gemäß der allgemeinen Regel von Rn 51 um eine solche wirtschaftliche Einheit handeln muss. Liegen mehrere Unternehmensgruppen (oder wirtschaftliche Einheiten) vor, so muss von einem Zusammenschluss iSd FKVO ausgegangen werden. Die Besonderheit für staatliche Beteiligungen im Vergleich zur allgemeinen Regel drückt die Kommission jedoch wie folgt aus:

„Wenn jedoch die einzelnen wirtschaftlichen Einheiten auch nach dem Vorgang weiterhin eine autonome Entscheidungsbefugnis besitzen, wird der Vorgang lediglich als interne Reorganisation angesehen, selbst wenn sich die Anteile der Unternehmen, die unterschiedliche wirtschaftliche Einheiten bilden, im Besitz eines einzigen Unternehmens wie z. B. einer reinen Holdinggesellschaft befinden.“³³⁶

Dies bedeutet, dass selbst wenn nach einem Zusammenschlussvorgang iSv Art 3 FKVO mehrere selbständige wirtschaftliche Einheiten (mit jeweils autonomer Entscheidungsbefugnis) verbleiben und die Unternehmen nicht unter eine „einheitliche Leitung“ gestellt wurden, Art 3 FKVO unanwendbar bleibt. Dies ist auch der Fall, wenn sie einer einzigen Holding bzw einem einzigen Unternehmen unterstehen, falls sie ihre autonome Entscheidungsbefugnis nicht aufgeben. So lang also im Falle staatlicher Beteiligungen „nur“ bestimmender Einfluss iSv Art 3 Abs 1 lit b FKVO erlangt und keine

³³⁵ Konsolidierte Mitteilung Rn 54 mwN.

³³⁶ Konsolidierte Mitteilung Rn 54.

wirtschaftliche Einheit begründet wurde, wird dieser Vorgang als interne Reorganisation angesehen. Wie bereits oben im Rahmen des Staatsholdingsprinzips dargestellt (vgl oben unter Punkt E.II.), ist auch hier wohl der Hauptgedanke, dass die Beteiligungen eines Staates regelmäßig so weit gestreut sind und uneinheitlich geleitet werden, dass von einer Unternehmenseinheit überhaupt keine Rede sein kann. Bei einer derartigen Streuung legt daher die Kommission einen höheren Maßstab an.

H. Zwischenergebnis des 2. Kapitels

Im Zusammenschlussrecht finden die Probleme, die sich bereits im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Konzerndefinition aufgetan haben (eingehend dazu, s 1. Kapitel), insbesondere im Rahmen des Konzernprivilegs nach § 7 Abs 4 KartG, aber auch schon bei den beherrschungsbezogenen Zusammenschlusstatbeständen, ihren vollen Einschlag. Darüber hinaus eröffnet das Zusammenschlussrecht eine Reihe neuer Fragestellungen, welche sich ihrerseits auf die Konzernproblematik beziehen und das Konzernprivileg im Zusammenschlussrecht zu einem höchst komplexen Rechtsgebiet gestalten.

Gerade die Rechtslage für Gemeinschaftsunternehmen zeigt, wie das Kartellverbot, das Zusammenschlussrecht und das Konzernrecht eng verbunden sind und Abgrenzungen oft nur schwer möglich sind. Doch das Zusammenschlussrecht bietet nicht nur weitere Probleme an, es kann auch dazu herangezogen werden, gerade im konzernrechtlichen Bereich neue Interpretationsweisen und schlussendlich Lösungen zu finden. So sind die EU-Jud und die Lehrmeinungen hinsichtlich des Kontrollerwerbs nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO breit gefächert und bieten ihrerseits Ansätze an, die sich wohl auch teilweise auf andere Rechtsgebiete übertragen lassen.

Schlussendlich ist auch auffallend, dass der OGH durch seine Entscheidungen zum Konzernprivileg nach § 7 Abs 4 KartG versucht hat, sich dem Kontrollbegriff des Unionsrechts zu nähern. Dabei hat er aber sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch der gefestigten hM zur Auslegung des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs, auf welchen ja in § 7 Abs 4 KartG ausdrücklich verwiesen wird, wenig Beachtung geschenkt. Es wäre jedoch Sache des Gesetzgebers gewesen, das Konzernrecht und insbesondere die dementsprechenden Verweise in den anderen Gesetzen zu modifizieren, wäre dies von ihm gewollt gewesen.

Ob letzten Endes die bloße Beherrschungsmöglichkeit oder die tatsächliche Ausübung dieser Möglichkeiten (die einheitliche Leitung) samt den widerlegbaren Vermutungen für die Annahme eines Konzerns notwendig sein soll, geht aus den OGH-

Entscheidungen nicht eindeutig heraus, wenngleich er zu ersterer tendiert. Zwar erspart man sich beim Abstellen auf den beherrschenden Einfluss teils mühsame Beweisaufnahmen hinsichtlich des Vorhandenseins einer wirtschaftlichen Einheit und somit mögliche Verfahrensverzögerungen. Fraglich ist allerdings, ob in Fällen, in denen eine Beherrschungsmöglichkeit zwar vorhanden wäre, andererseits durch undurchsichtige Abmachungen deren Ausübung unterbunden würde oder sogar auf Grund von Desinteresse des Kontrollermächtigten unterbliebe, tatsächlich von einem „Konzern“ die Rede sein kann. In diesen Fällen wäre es nämlich unmöglich, die Konzerneigenschaft zu widerlegen, würde man nur auf die Beherrschungsmöglichkeit abstellen, selbst wenn das Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit offensichtlich ist. Ein solcher Wunsch ist jedoch weder dem Gesetzeswortlaut noch allfälligen begründeten Interpretationsversuchen zu entnehmen und wäre – wie bereits mehrfach erwähnt – nur vom Gesetzgeber umzusetzen.

Unionsrechtlich ist das grundsätzliche Vorhandensein einer Ausnahme interner Reorganisationsmaßnahmen ebenso unstrittig. Der Konzern bzw die wirtschaftliche Einheit wird im Rahmen der FKVO bzw der Konsolidierten Mitteilung nicht näher definiert. Hinweise dazu werden sich im Rahmen der Definitionsversuche und Erkenntnisse aus der gerichtlichen Praxis zum Konzernprivileg im Rahmen von Art 101 und 102 AEUV sowie zur Verhaltenszurechnung herausleiten lassen.

3. Kapitel: Das Konzernprivileg in Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV und § 1 Abs 1 KartG

A. Die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV – das Konzernprivileg

Vom Zusammenschlussrecht, welches primär die Marktstrukturkontrolle anvisiert und den Wettbewerb schon „prophylaktisch“ schützt unterscheiden sich insbesondere die Bestimmungen des Kartellverbots sowie des Missbrauchsverbots einer marktbeherrschenden Stellung, welche auf die (nachträgliche) Marktverhaltenskontrolle abzielen.³³⁷ Die genaue Abgrenzung zwischen Zusammenschlussrecht und Kartellverbot war lange Zeit eine umstrittene Frage (vgl zB zu den kooperativen und konzentrativen Aspekten eines Gemeinschaftsunternehmens im 2. Kapitel unter Punkt C.II.).

Eines verbindet jedoch die Rechtsgebiete des Kartellrechts und des Zusammenschlussrechts: das Ziel, den Wettbewerb bestmöglich zu schützen. Aber auch die Herausnahme von konzerninternen Sachverhalten aus den jeweiligen Tatbeständen ist im Wettbewerbsrecht omnipräsent. Nachdem das Konzernprivileg im Zusammenschlussrecht mit Hauptaugenmerk auf das darauf näher eingehende österreichische Recht dargestellt wurde, soll im Folgenden das Konzernprivileg im Rahmen des Kartellverbots geprüft werden. Dazu gibt es jedoch im EU-Recht eine ausführlichere Jud und Lit, weshalb in diesem Kapitel zunächst das Konzernprivileg im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV eingehend dargestellt wird, um danach die großteils darauf verweisende Rechtslage in Österreich zu analysieren. Im Rahmen dieses Kapitels wird auch das Thema der Verhaltenszurechnung bei Geldbußen ausführlich erläutert, da sich in diesem – dem Konzernprivileg nahestehenden – Rechtsgebiet wesentliche Rsp zur wirtschaftlichen Einheit herausgebildet hat.

I. Einleitung: Ein Überblick über Art 101 Abs 1 AEUV und das Konzernprivileg

Der Grundtatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV soll generell formuliert Vereinbarungen sowie jegliche aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verhindern, welche nachteilige Folgen für den Wettbewerb haben könnten. Im Wortlaut lautet die Bestimmung:

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander

³³⁷ Zur Entstehungsgeschichte der Zusammenschlusskontrolle im Gemeinschaftsrecht auf Grund von Art 81 und 82 EG, s inb *Aicher*, Aspekte der Fusionskontrolle in der EG, 9 f; weiters *Knauder*, ZFR 2009, 66 f.

abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

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

Die Lit zu dieser Bestimmung ist äußerst weitläufig und detailliert, weshalb an dieser Stelle nicht genauer auf den Grundtatbestand eingegangen wird, sondern die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Folgenden jeweils im Bezug auf das Konzernprivileg hervorgehoben und analysiert werden.

Für konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen gibt es nach EU-Recht und nach nationalem Recht – wie bereits erwähnt – grundsätzlich Privilegierungen. Das bedeutet vereinfachend gesagt, dass an sich gemäß Art 101 Abs 1 AEUV und seinem österreichischen Gegenstück, § 1 Abs 1 und 2 KartG, Wettbewerbsverbote nicht auf Unternehmen innerhalb eines Konzerns anwendbar sind. Fraglich ist allerdings, wie diesfalls der Konzernbegriff zu definieren ist, wer nun genau von dieser Ausnahme betroffen ist und unter welchen Umständen diese Ausnahme tatsächlich greift.

In diesem Kapitel werden zunächst diverse unionsrechtliche Entscheidungen erörtert, welche sich mit dem Thema des Konzernprivilegs im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV befassen. Sie werden jedoch nicht immer chronologisch aufbereitet, weil sich nach Ansicht des Verfassers eher eine themenbezogene Analyse anbietet, welche die dogmatischen Ansatzpunkte besser herausarbeitet. Daher soll das Ziel dieses Kapitels sein, die jeweils verschiedenen Begründungsversuche der EU-Rsp anhand ihrer Entscheidungen darzustellen, um sie im Anschluss daran zu analysieren. In weiterer Folge wird in diesem Kapitel das Konzernprivileg im Rahmen von § 1 KartG für das österreichische Recht geprüft, in dessen Rahmen sich va die Frage aufdrängt, wie und inwiefern sich die unionsrechtlichen

Grundsätze zum Konzernprivileg nach Art 101 Abs 1 AEUV auch auf das nationale Recht übertragen lassen.

Zunächst widmen wir uns jedoch wie angekündigt dem unionsrechtlichen Konzernprivileg und zu Allererst dem Begründungsversuch der mangelnden Vereinbarung iSd Art 101 Abs 1 AEUV als Anwendungsgrund des Konzernprivilegs.

II. Das Fehlen einer „Vereinbarung“ iSd Art 101 Abs 1 AEUV

Die Begründungsversuche des Konzernprivilegs mit dem Argument, dass es innerhalb eines Konzerns keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise geben könnte, wurden in der Jud der EU nicht weiterentwickelt. Lediglich in der *Kodak*-Entscheidung der Kommission ließen sich Anhaltspunkte dafür finden, dass die Anwendung von Art 101 Abs 1 AEUV an dem Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft scheiterte.³³⁸

a. Die Kodak-Entscheidung der Kommission

In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit von einheitlichen AGB unter Tochtergesellschaften, insbesondere nachdem die Verwendung der einheitlichen Fassung der AGB durch die Muttergesellschaft angewiesen worden war. Die Kommission stellte zunächst folgendes fest:

„Wenn die betreffenden Tochtergesellschaften - wie im vorliegenden Fall - ausschließlich und vollständig von ihrer Muttergesellschaft abhängen und wenn diese Muttergesellschaft die Kontrollmöglichkeit hat und tatsächlich genaue Weisungen erteilt, ist es ausgeschlossen, dass sie sich in den von der Muttergesellschaft geregelten Bereichen untereinander unabhängig verhalten.“³³⁹

Eigentlich wurde durch diese Darlegung noch keine Aussage zum Konzernprivileg selbst getätigt, es wurde bloß das Abhängigkeitsverhältnis der Tochtergesellschaften festgestellt. Festzuhalten sei vorweg, dass der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ in der gesamten Entscheidung kein einziges Mal vorkommt, was – dies sei bereits an dieser Stelle erwähnt – im Lichte der anderen unionsrechtlichen Entscheidungen zum Konzernprivileg höchst untypisch ist. Vielmehr wurde die Abhängigkeitsfeststellung folgendermaßen weitergeführt:

³³⁸ Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147, 24-27.

³³⁹ Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147/24-27 Rn 12.

„Die Übereinstimmung der Geschäftsbedingungen der Kodak-Gesellschaften im Gemeinsamen Markt ergibt sich also nicht aus einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zwischen der Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften oder zwischen den einzelnen Tochtergesellschaften.“³⁴⁰

Somit lehnte die Kommission das Vorhandensein einer Vereinbarung bzw einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art 101 Abs 1 AEUV ab, weil diese AGB einseitig durch die Muttergesellschaft auf Grund einer Weisung angeordnet worden waren.

b. Analyse

Dabei wurde offenbar angenommen, dass es im Falle eines einseitigen Verhältnisses gar keine Vereinbarung geben könnte. Dieser Ansatz ist mE jedoch äußerst fragwürdig: Insbesondere kann die Tatsache, dass eine Weisung im Gegensatz zu einer „Vereinbarung“ einseitig ist, nicht ausschlaggebend sein, beruht ein solches Weisungsrecht doch selbst ausschließlich auf einer Vereinbarung. Dadurch würde sich das Problem nicht lösen, man würde es nur auf eine andere Ebene verschieben und – denkt man in diesem Lichte weiter – zum absurden Schluss führen, dass jede kontrollverschaffende Vereinbarung wie Anteilskaufverträge oder Kontrollverträge ein an sich wettbewerbswidriges Verhalten darstellen. Die Frage, ob der beherrschende Einfluss im Konzern selbst auf kartellrechtswidrige Absprachen beruht, ist eine andere und muss separat im Zusammenschlusskontrollrecht geprüft werden. Gegen eine enge Interpretation spricht weiters, dass zB auch Preisbindungen in den meisten Fällen einseitig sind und trotzdem eine Hauptform des verbotenen Verhaltens darstellen.

Buntschek will in diesen Rahmen zwischen verschiedenen Fallkonstruktionen unterscheiden und bietet vier konzerninterne Szenarien an, in denen jeweils geprüft werden soll, ob eine „Vereinbarung“ iSv Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt³⁴¹:

- Im ersten Fall gibt es keine Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft, welche auch keine einseitige Einflussnahme auf die Tochtergesellschaften ausübt. Bei dieser Konstruktion bejaht *Buntschek* das zweifellose Vorliegen einer Vereinbarung.
- Auch in jenen Fällen, in denen zwar keine Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft existiert, diese aber dennoch eine einseitige Einflussnahme ausübt (oder zumindest den Versuch unternimmt), soll eine Vereinbarung möglich sein.

³⁴⁰ Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147/24-27 Rn 13.

³⁴¹ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 83 ff.

- Problematischer soll es laut *Buntschek* in jenen Fällen sein, in denen zwar eine Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft existiert, diese aber nicht tatsächlich ausgeübt wird. Weil aber in solchen Fällen die Muttergesellschaft gerade von einer Einflussnahme absieht, soll eine Vereinbarung vorliegen.
- Dagegen kommt er in den Fällen, in welchen es sowohl eine Weisungsbefugnis als auch eine Einflussnahme durch die Muttergesellschaft gibt, zu dem Schluss, dass es keine Vereinbarung iSd Art 101 Abs 1 AEUV geben könne. Dabei kritisiert er die entgegengesetzten unionsrechtlichen Entscheidungen, weil durch „eine derart extensive Auslegung“ die Grenzen zwischen Art 101 und 102 AEUV verwischt würden.³⁴² So sei weiters die Grenze jedenfalls dort anzusetzen, wo „gesellschaftsrechtlich verbindliche Weisungen einer Muttergesellschaft gegenüber ihren Tochtergesellschaften als Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG [Art 101 Abs 1 AEUV nF] angesehen werden“.³⁴³ Auch das Zurückführen auf die Einvernehmlichkeit sei für ihn keine Lösung, weil es demnach immer auf die Ausgestaltung der Unternehmensverbindung ankommen würde, ob insgesamt eine „Vereinbarung“ iSd Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt.³⁴⁴ Daher fielen stets jene Fälle, in denen die Muttergesellschaft auf Grund ihrer Weisungsbefugnis Einflussnahme auf ihre Töchter ausübt, schon deshalb unter das Konzernprivileg, weil es dort schon am Vorhandensein einer Vereinbarung scheitern würde.

Diese Anfangs weitgehend richtige Analyse *Buntscheks* führt leider im vierten Fall zu einem Fehlschluss, weil seine Argumentation einige Widersprüche beinhaltet. Dass es auch zwischen Konzernunternehmen, die insbesondere im Rahmen der wirtschaftlichen Zwecke nicht eigenständig handeln, grundsätzlich Vereinbarungen geben kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung, weshalb die drei erstgenannten Fälle unproblematisch sind. Selbst im dritten Fall, in dem eine Vereinbarung erzwungen werden könnte, wurde ja in seinem Beispiel gerade die Form eines beidseitigen Einvernehmens gewählt.

Interessanter ist jedoch die Konstruktion, welche *Buntschek* im vierten Fall beschreibt. Denn wird eine einseitige Weisung erteilt, erscheint es auf den ersten Blick tatsächlich etwas merkwürdig, von einer „Vereinbarung“ (eher noch von einer „abgestimmten Verhaltensweise“) zu sprechen. Doch gerade das oben angesprochene Problem einer Rahmenvereinbarung ist hier entgegen *Buntscheks* Meinung des Rätsels Lösung. Kritisiert er hierbei, dass man dieser Ansicht folgend jeweils auf die Ausgestaltung der

³⁴² *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 87.

³⁴³ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 88.

³⁴⁴ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 89.

Unternehmensverbindung achten müsse, scheint es ihn im Gegenzug nicht zu stören, dass bei der jeweiligen Absprache jedes Mal geprüft werden müsste, inwiefern sie tatsächlich einseitig ist oder ob es sich doch nur um eine „Scheinvereinbarung“ handelt. Dazu stellt sich noch die Frage, inwiefern eine Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nicht immer einen einseitigen Hintergrund hat. Dabei erscheint die Auswertung der Form der Unternehmensverbindung erstens weniger „mühsam“ als jene der Art der Absprache im konkreten Fall. Zweitens kann es im Rahmen der Rechtsdogmatik ohnehin nicht auf die beweislich „kulantere“ Option ankommen. Ein weiteres Argument gegen diese Ansicht ist, dass die Prüfung der Konzernstruktur und sohin auch jene der Unternehmensverbindung zwischen den betroffenen Unternehmen ohnedies notwendig ist, um überhaupt vom Vorhandensein eines Konzerns ausgehen zu können. Schlussendlich können die Darlegungen *Buntscheks* nicht überzeugen, zumal es – wie im Rahmen dieser Arbeit mehrfach erwähnt wurde – bei der Beherrschung durch die Muttergesellschaft nicht nur auf die Weisungsbefugnis der Mutter ankommt, da sie zB auch faktischer Natur sein kann. So kann eine einseitige Handlungsweise auch anders als durch eine Weisung erfolgen, so zB durch wirtschaftlichen oder personellen Druck.

Letzten Endes bleibt also festzustellen, dass das Argument der mangelnden Vereinbarung in der EU wohl zu Recht in den Folgeentscheidungen zum Konzernprivileg außer Acht gelassen wurde, zumal die dargestellte dogmatische Grundlage kaum überzeugend erscheint.

III. Der Unternehmensbegriff als Anknüpfungspunkt

Teilweise wurde auch der Unternehmensbegriff herangezogen, um die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs zu rechtfertigen. Im Rahmen dieses Begründungsversuches werden insbesondere auch die Begriffe „Unternehmen“ und „wirtschaftliche Einheit“ gleichgesetzt, was wie zu sehen sein wird nicht völlig unproblematisch ist (zur Problematik des Unternehmensbegriffes, vgl bereits 2. Kapitel unter Punkt B.I.). Die wesentlichste unionsrechtliche Entscheidung, in welcher in diese Richtung argumentiert wurde, ist die folglich dargestellte Entscheidung *Hydrotherm Gerätebau* des EuGH.³⁴⁵ Ein Teil der Lehre hat diese Überlegungen bzgl der Unternehmenseigenschaft übernommen bzw weitergeführt, um das Konzernprivileg zu erklären. Es handelt sich jedoch nach wie vor um eine Mindermeinung.

³⁴⁵ EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 2999 ff.

a. *Die Hydrotherm Gerätebau-Entscheidung des EuGH*

In dieser Entscheidung ging es insbesondere um die Frage, ob eine Vereinbarung im konkreten Fall von einer zu dieser Zeit geltenden GVO erfasst werden sollte, welche im Wortlaut nur Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen freistellte. Für die gegenständliche Problematik ist die Darstellung der GVO von geringer Bedeutung: Vielmehr steht die sich daraus leitende Frage im Vordergrund, ob die gegenständliche Vereinbarung zwischen „Unternehmen“ geschlossen worden war und ob auf diese in weiterer Folge Art 101 Abs 1 AEUV überhaupt anwendbar sein sollte. Denn es gäbe keinen ersichtlichen Grund, weshalb die Unternehmensdefinition in einer GVO von jener des „Grundtatbestandes“ nach Art 101 Abs 1 AEUV abweichen sollte. Dabei stellte der EuGH zunächst zur Anwendbarkeit der GVO folgendes Fest:

„Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird. Die diesbezügliche Voraussetzung des Artikels 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 67/67 [Anm d Verf: die in Frage stehende GVO] ist daher erfüllt, wenn auf einer Seite der Vereinbarung Firmen beteiligt sind, zwischen denen Interessensgleichheit besteht und die von ein und derselben – ebenfalls an der Vereinbarung beteiligten – natürlichen Person kontrolliert werden. Denn unter diesen Umständen ist ein Wettbewerb zwischen den Personen, die zusammen als eine einzige Partei an der fraglichen Vereinbarung beteiligt sind, unmöglich.“³⁴⁶

„Die Antwort auf die erste Frage [Anm d Verf: jene über den Unternehmensbegriff] muss daher lauten, dass die Verordnung auch dann anzuwenden ist, wenn auf einer Seite der Vereinbarung mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beteiligt sind, vorausgesetzt, diese Unternehmen bilden im Hinblick auf die Vereinbarung eine wirtschaftliche Einheit.“³⁴⁷

Bereits im ersten Satz der zitierten Ausführungen des EuGH scheint der Gerichtshof die Begriffe „Unternehmen“ und „wirtschaftliche Einheit“ gleichzustellen. Er stellt ebenfalls klar, dass diese Einheit unabhängig von der Rechtsfähigkeit des Gebildes zu beurteilen ist. Zur Annahme einer solchen wirtschaftlichen Einheit zieht der EuGH einerseits die Interessensgleichheit heran und andererseits die Kontrolle durch ein und dieselbe (in diesem Fall natürliche) Person. Ein Wettbewerb sei innerhalb dieser Einheit unmöglich. Etwas missverständlich erklärt der EuGH im zuletzt zitierten Satz, dass die GVO dann anwendbar sei, wenn die in Frage gestellten Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit als Vertragspartei bilden – obwohl er eingangs beide Konzepte gleichgestellt hat. Dabei scheint es dem

³⁴⁶ EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 3016 Rn 11.

³⁴⁷ EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 3016 Rn 12.

Gerichtshof darauf anzukommen, dass nur für die in Frage gestellte Vereinbarung eine wirtschaftliche Einheit vorhanden sei.

b. Analyse

Aus der *Hydrotherm Gerätebau*-Entscheidung des EuGH geht mE weniger heraus, als insbesondere durch die Lehre interpretiert wurde (mehr dazu weiter unten). Denn ob hier wirklich nur auf den Unternehmensbegriff abgestellt wurde, ist mehr als fraglich.³⁴⁸ Zwar behauptet der Gerichtshof zunächst, ein Unternehmen definiere sich als „eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit“,³⁴⁹ eine völlige Gleichstellung beider Begriffe lässt sich daraus jedoch nicht zwangsläufig leiten. Denn nur kurz darauf stellt er fest, dass die „Unternehmen [...] im Hinblick auf die Vereinbarung eine wirtschaftliche Einheit“ bilden müssen, um von der GVO erfasst zu werden.³⁵⁰ Die erstgenannte „Gleichstellung“ zwischen Unternehmen und wirtschaftlicher Einheit könnte sich auch als Vergleich verstehen, denn dass ein Konzern (eine wirtschaftliche Einheit) wie ein Einheitsunternehmen aufgebaut ist, wurde bereits von *Koppensteiner* im Rahmen des österreichischen Konzernbegriffs im Gesellschaftsrecht festgestellt (s dazu 1. Kapitel unter Punkt A.IV.b.).³⁵¹ Dieser Vergleich wurde auch in der *Viho*-Entscheidung des EuGH fast wörtlich übernommen (s dazu unten, IV.b. und c.).

Auch in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Carl Otto Lenz*³⁵² wurde nur auf die vorangegangene Rsp zum Konzept der wirtschaftlichen Einheit verwiesen,³⁵³ wobei in seinen Ausführungen insbesondere hervorkam, dass die GVO Konzernunternehmen als eine Partei zu behandeln habe. Dass generell innerhalb einer wirtschaftliche Einheit die Tochtergesellschaften nicht als „Unternehmen“ zu gelten haben, leitete er jedoch zu keinem Zeitpunkt heraus. Vielmehr führte er einen weiten Unternehmensbegriff an, der auch natürliche Personen umfassen könne und sprach sich für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise aus, wonach ähnlich wie in Art 101 Abs 1 AEUV eine wirtschaftliche Einheit als eine einzige Partei zu behandeln wäre, unabhängig davon, wie viele Unternehmen darin vorhanden seien. Dass bei der Beurteilung der

³⁴⁸ Anderer Ansicht ist zB *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 46 ff, 92.

³⁴⁹ EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 3016 Rn 11.

³⁵⁰ EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 3016 Rn 12.

³⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rn 15 mwN; ähnlich auch *Koppensteiner*, Kölner Kommentar³ VI, § 18 Rn 20 mwN.

³⁵² EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 3023 ff.

³⁵³ So zB auf EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619; EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223; EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147.

Unternehmenseigenschaft nicht auf die rechtliche Form des Rechtsträgers abzustellen sei, ist mE insbesondere auch im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der richtige Schluss.

Nichtsdestotrotz wurde diese Entscheidung als Anlass für die Lehre genommen, die mangelnde Unternehmenseigenschaft der Tochtergesellschaften innerhalb des Konzerns als möglichen Ansatzpunkt für das Konzernprivileg heranzuziehen, was eine eingehendere Prüfung der Unternehmensdefinition notwendig erscheinen lässt (vgl dazu auch den gleichen Unternehmensbegriff im Rahmen des Zusammenschlussrechts, s oben 2. Kapitel unter Punkt B.I.).

Zunächst ist zum Unternehmensbegriff allgemein festzuhalten, dass die Konzernzugehörigkeit an sich an der rechtlichen Selbständigkeit eines Unternehmens iSd Art 101 Abs 1 AEUV, nichts ändert.³⁵⁴ Richtigerweise kann sich jedoch – wie bereits im 1. Kapitel klargestellt – die rechtliche Selbständigkeit nur auf den Unternehmensträger beziehen, weil ja das Unternehmen selbst keine Rechtspersönlichkeit haben kann. Auch nach der nun für das österreichische Unternehmensrecht herrschenden Definition des § 1 Abs 2 UGB, welche von § 1 Abs 2 KSchG übernommen wurde³⁵⁵, muss die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens wohl ein Mindestmaß an Selbständigkeit erfüllen. Denn letzten Endes widerspricht ein Minimum an Selbständigkeit, insbesondere was die wirtschaftliche Tätigkeit selbst (Produktion, Vertrieb udgl) anbelangt, in keiner Weise der Möglichkeit, in einen Konzern eingegliedert zu werden, selbst wenn das Unternehmen dabei andere Bereiche der Unternehmensplanung aufgibt (zu diesen Bereichen, s insbesondere 1. Kapitel unter A.IV. und V. sowie 2. Kapitel unter B.II.). Erfüllt das Unternehmen dieses – niedrig anzusetzende – Selbständigkeitskriterium nicht, wird man von keinem Unternehmen, sondern womöglich von einer Betriebsstätte ausgehen müssen und es sind im Verhältnis zu ihr die kartellrechtlichen Verbote ohnehin nicht anwendbar.

Bejaht man nun die Unternehmensqualität die beteiligten Parteien, so ist das Unternehmen im Stande, einerseits mit dritten Unternehmen außerhalb des Konzerns oder mit anderen Konzernunternehmen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu schließen. In letzterem Fall kann dies entweder mit der Konzernmutter oder mit anderen Konzerntöchtern geschehen. Insofern können dem Gesetzeswortlaut nach diese Unternehmen sowohl nach Art 101 Abs 1 AEUV als auch nach § 1 Abs 1 KartG

³⁵⁴ So *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁴ I EG, Teil 1 (2007) Art 81 Abs 1 EGV Rn 53; ähnlich auch *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Generelle Prinzipien zu Art 81 EG Rn 173.

³⁵⁵ Dieser Definition bedient sich nach hL auch das österreichische Konzernrecht für den Unternehmensbegriff: so zB *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ I, § 15 Rn 10 mwN; *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, 252 f, s dazu auch 1. Kapitel in A.II.

Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen treffen, die grundsätzlich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Eine Mindermeinung³⁵⁶ bejaht – großteils mit Verweis auf die dargestellte *Hydrotherm Gerätebau*-Entscheidung – die Unternehmenseigenschaft der Konzerntöchter als rechtlich selbständige Unternehmen zwar im Außenverhältnis, geht jedoch innerhalb des Konzerns davon aus, dass sie auf Grund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Unternehmen nach Art 101 AEUV seien. Zwar würde dieser Ansatz laut manchen klare Verhältnisse schaffen³⁵⁷ (was überdies fraglich ist), diese Spaltung scheint aber weitgehend künstlich, zumal die Unternehmensdefinition – wie bereits dargestellt – keine völlige wirtschaftliche Selbständigkeit voraussetzt. Denn keine unionsrechtliche Unternehmensdefinition schließt aus, dass ein Unternehmen von einem anderen abhängig sein kann, im Zusammenschlussrecht wird ja gerade nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO die Kontrolle eines Unternehmens als Zusammenschlusstatbestand angeführt. Wenig überzeugend scheint auch das Gegenargument, es werde nicht der Unternehmensbegriff, sondern die Konzerngesellschaft selbst „gespalten“.³⁵⁸ Denn an der Konzerngesellschaft (maW am Rechtsträger) selbst würde sich – insbesondere hinsichtlich ihrer Rechtsform – weder im Außen- noch im Innenverhältnis etwas ändern. Nur die in allen anderen Rechtsbereichen anerkannte Unternehmenseigenschaft würde man im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV „hinwegfingieren“, um zu einer mE wenig überzeugenden Begründung des Konzernprivilegs zu gelangen.

Weiters steht es einem Konzernunternehmen zumindest als potentiell Unternehmen nach außen frei, wirtschaftlich selbständig am Markt aufzutreten, falls es ihm durch die Konzernspitze erlaubt oder sogar aufgetragen wird. Es kann der Unternehmensbegriff nicht vom Willen der Muttergesellschaft und insbesondere nicht davon abhängig sein, ob die Muttergesellschaft ihren Töchtern diesen Freiraum zugesteht.³⁵⁹ Vielmehr ist dieser Freiraum – wie noch zu sehen sein wird – eine Frage der Konzerneigenschaft und sollte auch auf dieser Ebene beurteilt werden, wenn die Tochterunternehmen ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Eigenständigkeit besitzen.

Die hM geht dementsprechend davon aus, dass Konzerntöchter – erfüllen sie die sonstigen Anforderungen für die Unternehmenseigenschaft – im Außen- sowie im

³⁵⁶ Dafür zB *Harms*, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* (1968) 158; diese Ansicht verteidigend auch *Buntschek*, *Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag*, 93 ff mwN; dagegen zB *Gleiss/Hirsch*, *Kommentar zum EG-Kartellrecht*⁴ I (1993) Art. 85 1. Kap. C Rn 190 mwN; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, *EG*⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 53.

³⁵⁷ So zB *Schröder*, *Die Anwendung des Kartellverbots auf verbundene Unternehmen*, *WuW* 1988, 276.

³⁵⁸ So *Buntschek*, *Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag*, 93.

³⁵⁹ So auch für das deutsche Recht *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, *GW*⁴ II, § 1 Rn 49 mwN.

Innenverhältnis als Unternehmen gelten.³⁶⁰ Die mögliche Willensbeeinflussung der Organe im Konzern vermag vielleicht zu einem „Unternehmen niedrigerer Stufung“ zu führen, stellt jedoch die Unternehmenseigenschaft selbst nicht in Frage.³⁶¹

IV. Das Fehlen der Wettbewerbsbeschränkung

Ein anderer Begründungsversuch für das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV befasst sich mit dem Fehlen einer Wettbewerbsbeschränkung im Falle von Absprachen innerhalb eines Konzerns. Er beruht auf dem Gedanken, dass es mangels Selbständigkeit zwischen den Konzernunternehmen zu keinem Wettbewerbsverhältnis kommen kann, weshalb es keinen Raum für die Anwendung von Art 101 Abs 1 AEUV auf konzerninterne Absprachen geben soll. Bereits in der Entscheidung *Christiani & Nielsen*³⁶², der ersten, in der sich die EU-Rsp tatsächlich mit dem Konzernprivileg befassen musste, wurde auf das Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses als Grundlage für die Nichtanwendbarkeit von Art 101 Abs 1 AEUV hingewiesen.

a. Die Entscheidung *Christiani & Nielsen* durch die Kommission

Die Kommission hatte in diesem Fall eine Vereinbarung zu beurteilen, in welcher kartellrechtlich bedenkliche Klauseln vorhanden waren, insbesondere betreffend den Austausch von Informationen, Erfindungen, Patenten und technischem Wissen sowie die Verpflichtung der Tochtergesellschaft, nicht auf anderen als dem niederländischen Markt tätig zu werden.³⁶³ Allerdings hielt die Muttergesellschaft die Gesamtheit am Kapital der Tochter. Darüber hinaus war die Tochtergesellschaft verpflichtet, die Weisungen der Mutter zu befolgen, was ebenfalls in der fraglichen Vereinbarung festgelegt war.

Die Kommission stellte zunächst fest, dass die Tochtergesellschaft „*ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel [verfolgt] und [...] zu diesem Zweck über ein entsprechendes Personal und über materielle und immaterielle Werte [verfügt]*“.³⁶⁴ Damit wollte die Behörde offensichtlich zum Ausdruck bringen, dass die Tochtergesellschaft als Unternehmen iSd Art 101 Abs 1 AEUV anzusehen sei und die Anwendbarkeit des Art 101 Abs 1 AEUV nicht

³⁶⁰ Vgl zB *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Generelle Prinzipien zu Art 81 EG Rn 173; *Fleischer*, AG 1997, 493 f mwN.

³⁶¹ So *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴ II, § 1 Rn 47.

³⁶² Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14.

³⁶³ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn I.

³⁶⁴ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

am Tatbestandsmerkmal der Unternehmenseigenschaft scheitern sollte. Weiters erkannte die Kommission:

„Die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages [Art 81 Abs 1 nF] setzt jedoch voraus, dass zwischen den fraglichen Unternehmen ein Wettbewerb besteht, der eingeschränkt werden könnte. Diese Bedingung ist in den Beziehungen zwischen zwei Unternehmen, die im gleichen Wirtschaftszweig tätig sind, nicht schon allein deswegen erfüllt, weil jedes dieser Unternehmen eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. In diesem Zusammenhang ist es von entscheidender Bedeutung, auf Grund des Sachverhalts festzustellen, ob eine von der Muttergesellschaft unabhängige Maßnahme der Tochtergesellschaft auf wirtschaftlicher Ebene möglich ist.“³⁶⁵

Somit scheiterte die Anwendbarkeit des Art 101 Abs 1 AEUV nach Ansicht der Kommission am Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen beiden Unternehmen. Zunächst wurde festgestellt, dass ein Wettbewerb zwischen Unternehmen nicht schon auf Grund ihrer Rechtspersönlichkeit besteht, sondern dass das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses von der Möglichkeit selbständigen Handelns der Tochtergesellschaft abhängt.

Weiters erklärte die Kommission, bei der Gründung einer Tochtergesellschaft handle es sich bloß um eine Maßnahme der Geschäftsführung:

„Es handelt sich hier um einen marktstrategischen Gesichtspunkt, der es im vorliegenden Fall nicht ermöglicht, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen, die mit ihrer Muttergesellschaft in Wettbewerb treten kann.“³⁶⁶

Besonders interessant ist an dieser Aussage der Kommission, dass sie die Tochtergesellschaft im Wortlaut nicht als eigene „wirtschaftliche Einheit“ ansieht, obwohl sie zuvor ihre Unternehmenseigenschaft festgestellt hatte. Daraus lässt sich schließen, dass in dieser Entscheidung die Begriffe des Unternehmens und der wirtschaftlichen Einheit nicht deckungsgleich sind. Diese Unterscheidung wurde jedoch durch die Jud der EU selbst in späteren Entscheidungen relativiert (s dazu zB die oben dargestellte *Hydrotherm Gerätebau*-Entscheidung unter Punkt A.III.a.).

Im weiteren Verlauf der *Christiani & Nielsen* Entscheidung unterstrich die Kommission, weshalb die Tochtergesellschaft als „integrierender Bestandteil des Wirtschaftskomplexes“ der Unternehmensgruppe zu sehen sei. Dabei betonte sie

³⁶⁵ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

³⁶⁶ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

insbesondere die „ständige Zusammenarbeit“ zwischen Mutter- und Tochterunternehmen.³⁶⁷ Aus dieser Erklärung wollte *Buntschek* herausdeuten, dass die Kommission „bewusst oder unbewusst“ nicht nur die Kontrollmöglichkeit, sondern die tatsächliche Ausübung der Kontrolle für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit für bedeutsam hielt.³⁶⁸ Diese Interpretation geht mE jedoch eindeutig zu weit, zumal die „Zusammenarbeit“ regelmäßig nicht in Form einer Kontrolle erfolgt, sondern eben auch durch Vereinbarungen und Kooperationen, die mit einer Kontrollausübung überhaupt nichts zu tun haben. Vielmehr ist das Hervorheben dieser Zusammenarbeit durch die Kommission als eine wohl etwas missverständliche Rechtfertigung für die in Frage gestellte Vereinbarung zu deuten. Denn die „ständige Zusammenarbeit“ zwischen zwei Unternehmen kann keinesfalls als Grund für die Anwendung des Konzernprivilegs herangezogen werden. Vielmehr ist diese Zusammenarbeit umgekehrt im Rahmen des Konzernprivilegs freigestellt, welches selbst auf dem Autonomiemangel der Tochtergesellschaft beruht.

Die Kommission kam zum Schluss, dass die in Frage gestellte Vereinbarung zwischen den Mitgliedern einer wirtschaftlichen Einheit wettbewerbsrechtlich unbedenklich sei, zumal auch bei Fehlen eines solchen Vertrages die Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochter zur Gänze bestimmen könnte.³⁶⁹ Interessant ist hierbei dennoch die Formulierung, welche die Kommission zur Veranschaulichung der Vereinbarung als Bestandteil dieser wirtschaftlichen Einheit verwendet hat:

„Die in der Vereinbarung vorgesehene Aufteilung der Märkte bildet daher nur eine Aufteilung der Aufgaben innerhalb derselben Wirtschaftseinheit. Man kann unter diesen Umständen nicht erwarten, dass ein Teil dieser Einheit - selbst wenn er eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt - mit der Muttergesellschaft in Wettbewerb tritt.“³⁷⁰

Es sollte sich in gewissen unionsrechtlichen Entscheidungen eine weitere Tatbestandsvorsetzung zur Anwendbarkeit des Konzernprivilegs herausbilden, nämlich dass die Wettbewerbsbeschränkung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit der internen Aufgabenverteilung dienen müsse (s dazu eingehender unten in Punkt A.VI.). Die oben angeführte Feststellung der Kommission in der Entscheidung *Christiani & Nielsen*, dass die gegenständliche Vereinbarung eine „Aufteilung der Aufgaben“ bilden würde, war wohl der erste Schritt dazu. Fraglich ist, ob sie bereits in dieser Entscheidung als eigene Tatbestandsvoraussetzung anzusehen war. Dies wird zu Recht verneint³⁷¹, weil die Kommission damit wohl bloß darstellen wollte, dass die vorgesehene Aufteilung der Märkte

³⁶⁷ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

³⁶⁸ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 32.

³⁶⁹ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

³⁷⁰ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

³⁷¹ *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 41 ff mwN.

im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit nicht unüblich sei und wettbewerbsrechtlich unbedenklich wäre.

b. Die Viho-Entscheidung des EuGH (I)

Ähnlich der in III.a. dargestellten *Hydrotherm Gerätebau*-Entscheidung wurde in der *Viho*-Entscheidung des EuGH³⁷² zunächst die Unternehmenseigenschaft mit jener der wirtschaftlichen Einheit verglichen. Allerdings lag in der *Viho*-Entscheidung der Schwerpunkt darin, auf das Konzept der wirtschaftlichen Einheit näher einzugehen bzw die Unmöglichkeit, innerhalb einer solchen den Wettbewerb iSd Art 101 Abs 1 AEUV zu beschränken, näher darzulegen. Dabei ging es um das Vertriebssystem einer Gesellschaft englischen Rechts, durch welches Produkte zum Teil durch 100%ige Tochtergesellschaften, zum Teil auch durch unabhängige Unternehmen abgesetzt wurden. Diese Vertriebsgesellschaften unterlagen jedoch allesamt geografischen Marktbeschränkungen, was den Absatz der Produkte der Muttergesellschaft betraf. Für das Konzernprivileg von Bedeutung ist im gegenständlichen Fall nur das Absatzverbot zwischen der Muttergesellschaft und ihren Töchtern. Die Vereinbarungen mit Dritten sind dagegen insbesondere bei der Frage der Verhaltenszurechnung relevant (mehr dazu, s unter Punkt B. weiter unten). Der Gerichtshof stellte zum Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften fest:

*„Die Firma Parker und ihre Tochtergesellschaften bilden somit eine wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können, sondern die Anweisungen der sie kontrollierenden Muttergesellschaft befolgen.“*³⁷³

Dabei gab der EuGH dem Gericht erster Instanz Recht, welches sich zum Begriff der wirtschaftlichen Einheit folgendermaßen geäußert hatte:

„Sodann ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes im 'Rahmen des Wettbewerbsrechts ... unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen [ist], selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen, Personen gebildet wird' (Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/83, Hydrotherm, Slg. 1984, 2999, Randnr. 11). Ferner hat das Gericht entschieden, dass Artikel 85 Absatz 1 [Art 81 Abs 1 nF] des Vertrages 'an wirtschaftliche Einheiten gerichtet ist, die jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, die dauerhaft einen

³⁷² EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457 ff.

³⁷³ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457 ff, 5495 Rn 16.

bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt und an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein kann' (Urteil vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-11/89, Shell/Kommission, Slg. 1992, II-757, Randnr. 311). Bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln ist somit das einheitliche Vorgehen der Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften auf dem Markt entscheidend gegenüber der formalen Trennung dieser Gesellschaften, die sich aus deren eigener Rechtspersönlichkeit ergibt.“³⁷⁴

In dieser Entscheidung wurde – wie bereits erwähnt – zunächst der Begriff des Unternehmens mit jenem der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen des Art 101 AEUV gleichgesetzt. Dabei soll es also für die Unternehmenseigenschaft nicht auf die rechtliche Persönlichkeit ankommen. Vielmehr wurde klargestellt, dass der Unternehmensbegriff im Wettbewerbsrecht abstrakt als wirtschaftliches Gebilde verstanden werden soll. Allerdings zielte der Gerichtshof – im Gegensatz zu den oben in III.b. angeführten Lehrmeinungen zum Unternehmensbegriff – auch hier offenbar nicht darauf ab, dass die Unternehmenseigenschaft innerhalb des Konzerns verneint werden sollte. Vielmehr sind diese Ausführungen so zu interpretieren, dass mehrere Unternehmen in einem Konzern zugleich als ein einheitliches Unternehmen gelten können, wenn sie sich innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit befinden.

In einem weiteren Schritt wurde versucht, diesen übergeordneten Unternehmensbegriff genauer zu definieren, nämlich als einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten Zweck verfolgt. Diese Definition ähnelt jener im österreichischen UGB (s dazu auch oben, 1. Kapitel unter Punkt A.III.), welche ebenfalls das Unternehmen losgelöst von allfälligen Rechtsträgern definiert.

Daraufhin stellte das Gericht klar, dass dieses Unternehmen als Gesamtheit der Adressat des Art 101 Abs 1 AEUV sein könnte, wobei ein einheitliches Vorgehen zwischen den verschiedenen Gliedern dieser wirtschaftlichen Einheit entscheidend sein soll. Mit diesem Satz geht allerdings nicht klar hervor, ob eine solche wirtschaftliche Einheit nur dann anzunehmen ist, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft im konkreten Fall einheitlich vorgegangen sind, oder ob sich dieses einheitliche Vorgehen nur zu einem beliebigen Zeitpunkt äußern muss.

Des Weiteren verwies der EuGH auf die Ausführungen des EuG hinsichtlich der Vereinbarungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit:

„Folglich können mangels Willensübereinstimmung zwischen wirtschaftlich voneinander unabhängigen Beteiligten die Beziehungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit

³⁷⁴ EuG 12.1.1995, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs T-102/92, Slg 1995, II-17, 35 f Rn 50.

keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 [Art 81 Abs 1 nF] des Vertrages darstellen. Bestimmt die Tochtergesellschaft wie im vorliegenden Fall, obwohl sie eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, ihr Marktverhalten nicht autonom, sondern befolgt sie die Anweisungen, die ihr von der Muttergesellschaft, von der sie zu 100 % beherrscht wird, unmittelbar oder mittelbar gegeben werden, so sind die Verbote des Artikels 85 Absatz 1 [Art 81 Abs 1 nF] auf die Beziehungen zwischen der Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft, mit der sie eine wirtschaftliche Einheit bildet, unanwendbar.“³⁷⁵

Wie bereits in der *Christiani & Nielsen*-Entscheidung der Kommission³⁷⁶ stellte das Gericht fest, dass mangels wirtschaftlich von einander unabhängiger Beteiligter kein Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit möglich sein könne. Dabei wurde insbesondere erneut auf die fehlende Autonomie der Tochtergesellschaft bei einer 100%-Beteiligung hingewiesen. Diese fehlende Autonomie innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit ist im Bezug auf das Konzernrecht als die wesentlichste, wenn nicht die einzige, Tatbestandsvoraussetzung anzusehen.

Bemerkenswert ist bei dieser Entscheidung auch, dass obwohl ein solches Verhalten innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit „zur Aufrechterhaltung und Abschottung der verschiedenen nationalen Märkte beitragen und dadurch einem der grundlegenden Ziele bei der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes entgegenwirken kann“³⁷⁷, auf Grund der mangelnden Autonomie der Tochtergesellschaften trotzdem nicht Art 101 Abs 1 AEUV angewendet wurde. Somit wurde die interne Aufgabenverteilung nicht (mehr) als eigene Tatbestandsvoraussetzung aufgezählt (zu dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung, s unten, unter Punkt A.VI.).³⁷⁸

c. Analyse

In den beiden zuletzt dargestellten Entscheidungen stand das Konzept einer fehlenden Wettbewerbsbeschränkung innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit im Vordergrund. Dabei war jeweils ausschlaggebend, dass die Unternehmen nicht selbständig ihr Marktverhalten bestimmen konnten. Diese Ansicht wurde ebenfalls nachträglich durch das EuG bestätigt:

³⁷⁵ EuG 12.1.1995, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs T-102/92, Slg 1995, II-17, 35 f Rn 51.

³⁷⁶ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14.

³⁷⁷ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457 Rn 6 (52).

³⁷⁸ So auch *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 55 mwN; *Weiß* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta³ (2007) Art 81 EG Rn 80.

„Nach dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht stellen verschiedene Gesellschaften, die zum selben Konzern gehören, eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Unternehmen im Sinne der Art. 81 EG und 82 EG dar, wenn sie ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmen [...]“³⁷⁹

Selbst wenn sich der EuGH in seiner *Viho*-Entscheidung zur Darstellung dieser übergeordneten wirtschaftlichen Einheit des Unternehmensbegriffs bedient hat, stellte er dabei nicht die Unternehmenseigenschaft nach Art 101 Abs 1 AEUV innerhalb des Konzerns in Frage, wie dies durch einen Teil der Lehre dazuinterpretiert wurde (s dazu oben, unter Punkt A.III.b.). In der *Viho*-Entscheidung, welche soweit ersichtlich die jüngste maßgebliche Entscheidung in der Entwicklung des Konzernprivilegs darstellt³⁸⁰, wurde vielmehr versucht, die bisherige Rsp der EU zusammenzufassen und in Einklang zu bringen, wobei der Schwerpunkt – wie bereits erwähnt – in der Darstellung des Fehlens einer Wettbewerbsbeschränkung als Begründung für das Konzernprivileg liegt. Dabei wurde beinahe wörtlich die Gleichstellung von Unternehmen und wirtschaftlicher Einheit aus der *Hydrotherm Gerätebau*-Entscheidung übernommen.

Eine konzerninterne Absprache kann im Rahmen dieser Begründung – wie anhand der zwei vorgenannten Entscheidungen dargestellt – nur dann gegen Art 101 AEUV verstoßen, wenn zumindest eines der beteiligten Unternehmen in seiner wettbewerblichen Handlungsfreiheit beschränkt wird. Dies ist nur möglich, wenn ihm eine solche überhaupt zur Verfügung steht.³⁸¹ So ist maW die Grundvoraussetzung für die Annahme des fehlenden Wettbewerbs innerhalb des Konzerns, dass die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.³⁸² Ein solcher Autonomiemangel wird jedenfalls anzunehmen sein, wenn eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer tatsächlichen Ausübung der Leitungsmacht vorliegt.

Dem Abstellen auf den fehlenden Wettbewerb innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit ist mE auch als einzig dogmatisch richtiger Ansatz zur Begründung des Konzernprivilegs beizupflichten.³⁸³ Denn ein Wettbewerb kann auf Grund des Autonomiemangels der Tochterunternehmen im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit – wie zu sehen sein wird – nur nach außen hin fingiert werden. Inwiefern ein Wettbewerb innerhalb eines Unternehmensverbands möglich ist, hängt also lediglich davon ab, inwiefern es sich dabei

³⁷⁹ EuG 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission*, Rs T-203/01, Slg 2003, II-4071 Rn 290; EuG 30.4.2009, *Itochu Corp./Kommission*, Rs T-12/03.

³⁸⁰ Vgl auch *Sander*, Das Konzernprivileg im Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrecht, OZK 2008, 20.

³⁸¹ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 191.

³⁸² Vgl auch *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 192 mwN.

³⁸³ So zB auch *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 55; *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, 341; *Schröder*, WuW 1988, 277.

um eine wirtschaftliche Einheit handelt. Schlussendlich hängt wiederum auch im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV alles davon ab, wie man diese „wirtschaftliche Einheit“ definiert, was es in weiterer Folge herauszufinden gilt.

V. *Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV*

a. *Die Frage nach einer eigenen wettbewerbsbezogenen Konzerndefinition*

Es könnte das Verlangen nach einer wirtschaftlichen Einheit aus wettbewerbsrechtlicher Sicht durch *Emmerich*³⁸⁴ wiederum als Indiz für eine dem Kartellrecht eigene Konzerndefinition gedeutet werden. Wie zB von *Wessely* und vom OGH für den beherrschenden Einfluss iSd § 7 Abs 1 Z 5 KartG bzw im Rahmen des zusammenschlussrechtlichen Konzernprivilegs eine besondere wettbewerbsbezogene Interpretation verlangt wurde (s insbesondere oben, 2. Kapitel unter Punkt D.II.a.), könnte man auch den Erklärungen von *Emmerich* den Wunsch nach einer abweichenden Konzerndefinition im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV entnehmen. Hierbei muss man sich jedoch fragen, um welche wettbewerbsbezogenen Aspekte es sich genau handeln könnte, die diese wirtschaftliche Einheit ausmachen. Die – durchaus schwer abzugrenzenden – bisher genannten Konzerndefinitionsversuche (s dazu 1. und 2. Kapitel), haben letzten Endes gemeinsam, dass auf eine Art bewegliches System abgestellt wird, welches je nach Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

Es wäre denkbar, im Rahmen des Kartellverbots bei einer wettbewerbsbezogenen Definition den Schwerpunkt zB weniger auf die finanziellen Faktoren zu setzen, sondern eher auf die Kontroll- und Koordinierungsmöglichkeiten in Punkto Wettbewerb zu achten. Fraglich ist allerdings auch an dieser Stelle, ob es solche rein wettbewerbspolitischen Merkmale gibt, oder ob sich die Befugnisse, die letzten Endes für das Wettbewerbsrecht ausschlaggebend sind, nicht schon aus den „gängigen“ Kontrollbefugnissen (maW aus dem komplexen Paket an Beherrschungsmöglichkeiten) ergeben und der dem Kartellrecht zugeschnittene Konzernbegriff nicht de facto jenem aus dem Gesellschaftsrecht gleichkäme (zur österreichischen Diskussion, ob ein wettbewerbsrechtlicher Beherrschungs- bzw Konzernbegriff Unterschiede aufweist, vgl 2. Kapitel unter D.II.a. und b.).

Es ist kaum denkbar, dass man der Tochtergesellschaft eine wettbewerbliche Unabhängigkeit zuspricht, sie jedoch finanziell völlig von der Muttergesellschaft abhängt. Der Einfluss, oder maW der Druck, um den es hier geht, muss sich nicht zwingend auf Grund von

³⁸⁴ So *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 55.

vorgesehenen Weisungsmöglichkeiten aus dem marktpolitischen oder wettbewerblichen Bereich ergeben: Es kommt letztendlich darauf an, dass die Muttergesellschaft die Macht hat, finanzielle, personelle oder strukturelle Maßnahmen anzudrohen, falls ihr die Marktpolitik ihrer Tochtergesellschaft nicht zusagt bzw dass sie diese auch durchsetzt. Auch *Gleiss/Hirsch* führen als Beispiele für eine solche Abhängigkeit die Fälle an, in denen die Muttergesellschaft das gesamte Kapital der Tochter hält, wenn sie deren Vorstandsmitglieder ernennen oder ihr Weisungen erteilen und ihre Einhaltung kontrollieren kann.³⁸⁵ Im Ergebnis kommt es nur darauf an, dass die Tochtergesellschaft nicht in Wettbewerb mit der Muttergesellschaft treten kann (wie dies schon in der *Christiani/Nielsen*-Entscheidung dargestellt wurde)³⁸⁶ und dies unabhängig davon, welche rechtlichen oder tatsächlichen Mittel der Muttergesellschaft zustehen. Dieses Argument spricht auch im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV für einen einheitlichen Konzernbegriff, welcher auf einer allgemeinen wirtschaftlichen Einheit abstellt und ebenfalls (per se) wettbewerbsbezogene Interessen berücksichtigt.

b. Art und Ausmaß der Kontrolle

Unabhängig davon, für welche theoretische Konzerndefinition man sich entscheidet, stellt sich das Problem, wo der Konzern anfängt und das Unternehmen aufhört, maW wie „abhängig“ die Konzernunternehmen von ihren Müttern sein müssen, um einerseits einen Wettbewerb auf Grund der wirtschaftlichen Einheit zu verneinen und andererseits ihre Selbständigkeit zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft annehmen zu können. Klar ist jedenfalls, dass man das Abhängigkeitserfordernis zur Bejahung eines Konzerns nicht so hoch ansetzen darf, dass bereits keine Unternehmen mehr erfasst sein könnten. Auch im Kartellrecht bietet es sich daher an, das im 1. und 2. Kapitel ausgeführte bewegliche System zu verwenden und auf das „Gesamtpaket“ an Kontrollmöglichkeiten abzustellen, das sich aus Beteiligungen, Personalverflechtungen, Beherrschungs-, Organschaftsverträgen udgl zusammensetzt.

So ist die Beurteilung im Falle eines (im österreichischen Recht umstrittenen) Beherrschungsvertrages, der dem beherrschenden Unternehmen die Möglichkeit gibt, der Geschäftsführung der Tochter Weisungen zu erteilen, im Bezug auf das Kontrollausmaß weitgehend unproblematisch.³⁸⁷ Ebenso verhält es sich bei einer 100-prozentigen Beteiligung oder einer qualifizierten Mehrheitsbeteiligung, wobei es nicht nötig ist, dass die Muttergesellschaft das gesamte Kapital der Tochter hält. Auch geringere Beteiligungen

³⁸⁵ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 194.

³⁸⁶ Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14.

³⁸⁷ So auch *Schröder*, WuW 1988, 279.

reichen, wenn es der Mutter möglich ist, ständig bestimmenden Einfluss auf die Willensbildung und die Geschäftsführung der Tochter auszuüben (so zB eine 50%ige Beteiligung, wenn die Muttergesellschaft im Vorstand oder im Aufsichtsrat der Tochter vertreten ist), sofern keine besonderen Rechte oder Sperrminoritäten der Leitungsmacht der Mutter im Wege stehen.³⁸⁸ In gewissen Fällen kann sogar eine Minderheitsbeteiligung genügen, wenn zB der Gesellschafter die Möglichkeit hat, auf Grund von Stimmbindungsverträgen oder gar auf Grund des Desinteresses oder der Uneinigkeit der anderen Gesellschaften Weisungen durchzusetzen.³⁸⁹ Die Frage der Beteiligung hängt auch eng mit der Frage der Gesellschaftsform zusammen, wobei zB ein unmittelbarer Einfluss auf den AG-Vorstand vor dem Hintergrund seiner gesetzlichen Weisungsfreiheit problematisch erscheint (s zu dieser Problematik auch oben, 1. Kapitel unter Punkt A.IV.e).³⁹⁰ Ob ein mittelbarer Druck (beispielsweise kann in der AG ein Mehrheitsaktionär über den Aufsichtsrat langfristig Einfluss auf die personelle Besetzung des Vorstandes ausüben) ausreicht, um eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen, ist fraglich.

Die Frage über das Ausmaß der Kontrolle wird – wie in den oben dargestellten *Christiani Nielsen*- und *Kodak*-Entscheidungen dargestellt – von der Kommission relativ streng beurteilt. Es ist teilweise von einer völligen Abhängigkeit der Tochtergesellschaft die Rede³⁹¹ bzw von einer gänzlichen Unmöglichkeit seitens der Tochter, mit der Muttergesellschaft in Wettbewerb zu treten.³⁹² Die Tochter soll zur Bejahung des Konzernprivilegs so abhängig sein, dass „eigenständige wirtschaftliche Wettbewerbsmaßnahmen ihrerseits nicht denkbar sind“.³⁹³ In der Lit geht man sogar so weit, daraus das Fehlen jeglicher Entscheidungsautonomie der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft vorauszusetzen.³⁹⁴

c. Beherrschungsmöglichkeit oder tatsächliche Ausübung des Einflusses?

Die Frage, ob im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV die bloße Kontrollmöglichkeit oder die tatsächliche Ausübung der Kontrolle vorausgesetzt wird, wurde durch die Jud der EU eher zu Gunsten letzterer entschieden. Bereits im Fall *Corinne Bodson/Pompes funèbres des régions libérées* stellte

³⁸⁸ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 194 mwN; weiters *Schröder*, WuW 1988, 280.

³⁸⁹ *Schröder*, WuW 1988, 280 mwN.

³⁹⁰ *Schröder*, WuW 1988, 280.

³⁹¹ Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147, 24-27 Rn 12.

³⁹² Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14 Rn II.

³⁹³ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 194.

³⁹⁴ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 56 mwN.

der EuGH – mit der Tendenz zu einer tatsächlichen Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten³⁹⁵ – fest:

*„Die bloße Tatsache, dass die konzessionierten Unternehmen derselben Unternehmensgruppe angehören, ist insoweit nicht ausschlaggebend; es kommt auf die Art der Beziehungen zwischen den Unternehmen der Gruppe an. Im vorliegenden Fall ergibt sich diese Art weder aus den Vorlagefragen noch aus dem sonstigen Akteninhalt; insbesondere ist nicht ersichtlich, ob die Unternehmen auf dem Markt eine gemeinsame, von der Mutterfirma bestimmte Linie verfolgen.“*³⁹⁶

Die Kommission hat die Anwendung des Konzernprivilegs in der Entscheidung *Gosme/Martell-DMP* für jenen Fall verneint, in welchem eine Tochtergesellschaft gemeinsam beherrscht wurde und nach dem Willen und der Praxis der Mütter selbständig handelte.³⁹⁷ Sie war der Ansicht, dass zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit immer eine alleinige Kontrolle (zur genauen Definition, s 2. Kapitel unter Punkt B.III.) vorliegen müsste.³⁹⁸ Damit hat sie sich mE auch in diesen Fällen der Voraussetzung einer tatsächlichen Ausübung der Einflussmöglichkeiten genähert, welche regelmäßig bei alleiniger Kontrolle erfolgt, zumal offenbar nicht jede bloße Beherrschungsmöglichkeit (wie sie ja im Falle einer gemeinsamen Kontrolle jedenfalls besteht) zur Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit führen sollte. Auch in der *Kodak*-Entscheidung der Kommission war die tatsächliche Erteilung einer Weisung ein wesentliches Element für die Bejahung des Konzernprivilegs.³⁹⁹ Ähnlich stellte der EuGH in seiner *Viho*-Entscheidung auf die tatsächliche Befolgung der Weisungen durch die Tochterunternehmen ab.⁴⁰⁰ Insgesamt wurde also va auf die Befolgung der Weisungen der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft abgestellt, indiziert durch Beteiligungen, personelle Verflechtungen oder durch Unternehmensverträge sowie schlussendlich durch das Vorhandensein eines Weisungsrechtes der Muttergesellschaft.⁴⁰¹ Auf die Einwirkung hinsichtlich des Marktverhaltens der Tochter im Einzelfall sollte es hingegen – ähnlich wie beim Konzernbegriff des § 15 AktG und § 115 GmbHG – nicht ankommen, sondern nur darauf, ob die bestehenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten allgemein auch genutzt würden.⁴⁰²

³⁹⁵ Ähnlich deutet dies *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 50; dagegen noch *Fleischer*, AG 1997, 500 ff.

³⁹⁶ EuGH 4.5.1988, *Corinne Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*, Rs 30/87, Slg 1988, 2479, 2513 Rn 19.

³⁹⁷ Kommission 15.5.1991, *Gosme/Martell-DMP*, IV.32.186, ABI L 185, 23-30.

³⁹⁸ So zB auch EuG 6.4.1995, *Baustahlgewerbe GmbH/Kommission*, Rs T-145/89, Slg 1995, II-987, 1034.

³⁹⁹ Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147, 24-27 Rn 12.

⁴⁰⁰ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457 ff, 5495 Rn 16.

⁴⁰¹ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 56 mwN.

⁴⁰² *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 196 mwN.

In letzter Zeit hat sich die EU-Rsp vermehrt mit der Verhaltenszurechnung bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht auseinandergesetzt und ist in diesem Rahmen näher auf den Begriff der wirtschaftlichen Einheit eingegangen. Dies lässt auch für das Konzernprivileg Rückschlüsse zu. Dabei wurde ähnlich wie im deutschen Gesellschaftsrecht mit Vermutungen gearbeitet. So hat zB das EuG Folgendes festgestellt:

„Speziell zu dem Fall, dass eine Muttergesellschaft zu 100 % das Kapital ihrer Tochtergesellschaft hält, die die Urheberin eines Verstoßes ist, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Oktober 1983, AEG-Telefunken/Kommission (107/82, Slg. 1983, 3151, Randnr. 50), darauf hingewiesen, dass nicht geprüft werden muss, ob die Muttergesellschaft die Geschäftspolitik ihrer Tochtergesellschaft tatsächlich beeinflusst hat, da die Tochtergesellschaft zwangsläufig eine Politik befolgt, die von denselben satzungsmäßigen Organen festgelegt wird wie die Politik der Muttergesellschaft. In einem solchen Fall besteht eine einfache Vermutung, dass die Muttergesellschaft entscheidenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt. Es obliegt damit der Muttergesellschaft, die vor dem Gemeinschaftsrichter eine Entscheidung der Kommission anfecht, mit der ihr wegen eines Verhaltens ihrer Tochtergesellschaft eine Geldbuße auferlegt wird, diese Vermutung durch Beweise zu entkräften, die geeignet sind, die Selbständigkeit ihrer Tochtergesellschaft zu belegen [...]“⁴⁰³

Diese Vermutung spricht, obwohl es hierbei um die Problematik der Verhaltenszurechnung geht (ausführlich dazu, s unten, Punkt B.), klar dafür, dass die tatsächliche Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten für die Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit vorausgesetzt wird.⁴⁰⁴ Es wird, ähnlich wie bei den Vermutungen des deutschen Rechts (s dazu oben, 1. Kapitel unter Punkt B.), bloß widerlegbar vermutet, dass im Falle einer 100-prozentigen Beteiligung (oder anderer ähnlicher Beherrschungsindizien), die Beherrschungsmöglichkeiten auch tatsächlich ausgeübt werden.⁴⁰⁵ Diese Widerlegbarkeit zeigt, dass es nicht auf die bloße Beherrschungsmöglichkeit ankommen kann, sondern dass eine solche nur der oben genannten Vermutung zu Grunde liegt.⁴⁰⁶

⁴⁰³ EuG 30.4.2009, *Itochu Corp./Kommission*, Rs T-12/03 Rn 49; ähnlich unter anderem EuGH 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Kommission*, Rs C-286/98 P, Slg 2000, I-09925 Rn 29; EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 61.

⁴⁰⁴ So auch *Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 90 f mwN.

⁴⁰⁵ Die Widerlegbarkeit bejahend auch *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht Kommentar², Art 81 EG Rn 29.

⁴⁰⁶ Anders sieht dies *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Generelle Prinzipien zu Art 81Rn 173: Er verkennt, dass es hierbei um eine widerlegbare Vermutung geht und nicht um die Feststellung, dass bereits eine Beherrschungsmöglichkeit an sich für die Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit genügt.

d. Conclusio

Die unionsrechtliche Jud wird va auf Grund des strengen Abstellens auf den völligen Autonomiemangel (s dazu, oben unter Punkt A.V.b.) in der Lit kritisiert.⁴⁰⁷ Dieser Kritik kann auch im Grunde zugestimmt werden, denn, wie bereits im 1. Kapitel in A.V. angeführt, wird jeder Konzern unterschiedlich bzw nicht nur durch Weisungen, sondern oftmals im Wege des Dialogs geleitet. Eine zu strenge Beurteilung würde nur dazu führen, dass in den Konzernen allfällige Vereinbarungen durch Weisungen ersetzt würden, sodass sie unter das Konzernprivileg fallen.⁴⁰⁸ So kann auch auf Grund des Willens der Konzernleitung ein fingierter Wettbewerb im Konzern bestehen, der bloß eine Methode der Konzernführung ist. Kann die Konzernleitung diesen künstlichen Wettbewerb jederzeit ausschalten, durch welche Mittel auch immer, so kann hier nicht von einem tatsächlichen Wettbewerb iSd Art 101 Abs 1 AEUV die Rede sein.⁴⁰⁹ Auf der anderen Seite wäre ein übertriebenes Maß an Weisungen eher kontraproduktiv und man würde anstatt den Wettbewerb zu beleben nur die Marktstrategie der Konzernspitze stören.⁴¹⁰

Manche Autoren gehen daher noch weiter und vertreten die Meinung, dass die Muttergesellschaft bloß die Möglichkeit haben müsste, das Verhalten der Tochtergesellschaft auf dem Markt zu bestimmen, um von einer wirtschaftlichen Einheit sprechen zu können.⁴¹¹ So könne dieser Ansicht nach die völlige Unselbständigkeit bzw die ständige Befolgung von Weisungen selbst nicht ausschlaggebend sein, sondern schon die Möglichkeit der Muttergesellschaft, ihren Willen durchzusetzen. Bereits eine solche Beherrschungsmöglichkeit – ähnlich dem „beherrschenden Einfluss“ nach § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG – würde die für das Konzernprivileg verlangte Abhängigkeit zu Genüge indizieren. Inwiefern eine solche Möglichkeit zum beherrschenden Einfluss bestehe, sei danach mangels europäischer Rechtsvorschriften nach nationalem Recht zu prüfen.⁴¹² Allerdings biete laut *Gleiss/Hirsch* Art 3 Abs 3 FKVO einen Anhaltspunkt, indem dort Rechte, Verträge oder andere Mittel unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände als Bestimmungsmöglichkeit genannt werden (s dazu auch 2. Kapitel unter Punkt B.).

⁴⁰⁷ So zB *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 196; *Schröder*, WuW 1988, 279.

⁴⁰⁸ Ähnlich auch *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht (1999) 408 f; *Schröder*, WuW 1988, 279.

⁴⁰⁹ Ähnlich auch *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 196.

⁴¹⁰ So auch *Schröder*, WuW 1988, 279 mwN.

⁴¹¹ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 197; *Schröder*, WuW 1988, 279 mwN.

⁴¹² *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 197; *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Generelle Prinzipien zu Art 81 EG Rn 173.

Diese Aufzählung gibt mE allerdings keinen Hinweis darauf, ob die Beherrschungsmöglichkeit im Rahmen des Konzernprivilegs an sich ausreichen soll, oder ob sie auch ausgeübt werden muss. Art 3 Abs 3 FKVO ist vielmehr bloß eine beispielsweise Auflistung möglicher Kontrollmittel, die im Rahmen des Zusammenschlusses eine Kontrolle iSd Art 3 Abs 1 lit b FKVO indizieren. Zwar können diese Kontrollmittel auch im Rahmen der Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit iSd Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt, als Abhilfe herangezogen werden, sie beinhalten jedoch keinen Hinweis darauf, ob ihre tatsächliche Ausübung zur Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit notwendig ist oder nicht. Daher ist der von *Gleiss/Hirsch* gezogene Schluss auf das Konzernprivileg mMn nicht überzeugend.

Im Ergebnis wird – ähnlich wie im Rahmen des im 2. Kapitel dargestellten Konzernprivilegs des Zusammenschlusses – wohl auch hinsichtlich des Kartellverbots auf die tatsächliche Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten abzustellen sein, weil nicht bereits jede lose Unternehmensverbindung zur Ausnahme aus Art 101 Abs 1 AEUV führen sollte (eingehender zum Konzernprivileg im Zusammenschlussrecht, s oben 2. Kapitel unter F. und unter G.). Dabei lassen sich auf Grund der weitgehenden Ähnlichkeiten zwischen beiden Konzernprivilegien auch die im 2. Kapitel genannten Argumente im Rahmen des Kartellverbots anwenden.

MMn wäre womöglich im Wege der Abhängigkeits- und Konzernvermutungen – ähnlich wie im deutschen und österreichischen Recht – ein vermittelnder Ansatz zu finden (vgl dazu auch 1. Kapitel unter Punkt B.). Auch die von der unionsrechtlichen Rsp herangezogene Vermutung zur Definition der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Verhaltenszurechnung spricht für die Notwendigkeit einer tatsächlichen Ausübung der Kontrollmöglichkeiten, selbst wenn die Beherrschungsmöglichkeit diese Vermutung auslöst (ausführlich dazu, s unten unter Punkt B.II.).⁴¹³ Derartige Vermutungen wären auch im Rahmen des Konzernprivilegs eine adäquate Möglichkeit, die von der Lit als zu streng bezeichnete Jud der EU zu entschärfen und somit den Betroffenen den Beweis zu ermöglichen, dass es im konkreten Fall an einer wirtschaftlichen Einheit iS einer ausgeübten einheitlichen Leitung bzw schon an einer Beherrschungsmöglichkeit mangelt. Bereits zu diesem Zeitpunkt steht fest, dass zwischen den Problematiken des Konzernprivilegs und der Verhaltenszurechnung auf Grund der bei beiden Konzepten vordergründigen Notwendigkeit einer „wirtschaftlichen Einheit“ eine enge Verbindung besteht. Somit lassen sich aus den jeweils einschlägigen Entscheidungen Hinweise für beide Problematiken leiten. Daher wird auf die Frage der Verhaltenszurechnung in weiterer Folge unter Punkt B. ausführlich eingegangen.

⁴¹³ So zB EuG 30.4.2009, *Itochu Corp./Kommission*, Rs T-12/03 Rn 49.

VI. Die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung der internen Aufgabenverteilung

Nach weiteren unionsrechtlichen Entscheidungen, in denen mehr oder minder konsequent die oben dargestellten Grundsätze hinsichtlich der wirtschaftlichen Einheit übernommen wurden, führte der EuGH zur Anwendung des Konzernprivilegs im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV die zusätzliche Voraussetzung der internen Aufgabenverteilung innerhalb des Konzerns ein. Somit wurde neben dem Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit zur Bejahung der Konzernausnahme zusätzlich vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsbeschränkung allein der konzerninternen Aufgabenverteilung dienen müsse und sich nicht auf etwaige Dritte auswirke.⁴¹⁴ Diese Tatbestandsvoraussetzung wurde in den *Centrafarm*-Urteilen⁴¹⁵ herausgebildet.

a. Die *Centrafarm*-Entscheidungen des EuGH

In den Fällen *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc*⁴¹⁶ und *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Winthrop B.V.*⁴¹⁷ ging es um die gemeinsame Ausübung gewerblicher Schutzrechte innerhalb einer Unternehmensgruppe, insbesondere auch um die Frage, ob die gruppeninterne Übertragung dieser Rechte als Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV gewertet werden kann, wenn dadurch die Abschottung nationaler Märkte beabsichtigt ist. Dabei unterschied der EuGH zunächst zwischen dem Vorhandensein des Schutzrechts, welches laut ihm von Art 101 AEUV unberührt bleiben sollte und der Ausübung eines solchen Schutzrechts, welche einen Verstoß gegen diese Norm darstellen könnte, wenn sie „Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist“.⁴¹⁸ Der EuGH stellte in weiterer Folge hinsichtlich des Konzernprivilegs folgendes fest:

„Artikel 85 des Vertrages [Art 101 AEUV nF] ist nicht einschlägig bei Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen, die als Mutter-beziehungsweise Tochtergesellschaft ein und demselben Konzern angehören, vorausgesetzt, dass die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom

⁴¹⁴ Vgl auch *Emmerich in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 55; *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II (2003) Art 81 Abs 1 EG Rn 110 mwN.

⁴¹⁵ EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147 sowie EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Winthrop B.V.*, Rs 16-74, Slg 1974, 1183.

⁴¹⁶ EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147.

⁴¹⁷ EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Winthrop B.V.*, Rs 16-74, Slg 1974, 1183.

⁴¹⁸ EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147 Rn 40; eingehender zu den Schutzrechten im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit s auch *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 41 ff mwN.

*bestimmen kann, und ferner, dass diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen dem Zweck dienen, die interne Aufgabenverteilung zwischen den Unternehmen zu regeln.*⁴¹⁹

Aus dieser Feststellung geht also heraus, dass Art 101 Abs 1 AEUV nicht anwendbar sein soll, wenn die Konzernunternehmen einerseits eine wirtschaftliche Einheit bilden, bei der die fehlende Autonomie der Töchter im Vordergrund steht. Diese Tatbestandsvoraussetzung wurde unverändert von der vorangegangenen *Jud* übernommen. Darüber hinaus stellte der EuGH für das Konzernprivileg erstmals auf die interne Aufgabenverteilung zwischen Unternehmen ab. Wie eine solche Arbeitsteilung genau auszusehen hätte und welche konkreten Tatbestandsmerkmale dafür notwendig wären, geht aus der Entscheidung selbst allerdings nicht hervor.

b. Analyse

Diese zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung sorgte auch in der Lit für Gesprächsstoff. So wurde teilweise als Hintergedanke dazu angeführt, die Beeinträchtigung der Marktstellung dritter Unternehmen sowie jener der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher verhindern zu wollen.⁴²⁰ Damit sollte einerseits die Abschottung nationaler Märkte innerhalb der EU unterbunden werden und andererseits jene des Gemeinsamen Marktes gegenüber dem Weltmarkt. Weiters wolle man dadurch Marktzutrittsschranken bekämpfen und generell Wettbewerbsbeschränkungen und Diskriminierungen von Wettbewerbern eindämmen. Von der Voraussetzung der konzerninternen Aufgabenverteilung hat der EuGH jedoch 1996 in seiner *Viho*-Entscheidung⁴²¹ (s dazu ausführlich in unter Punkt A.IV.b.) ausdrücklich Abstand genommen, indem er sich den Meinungen anschloss, die dieses Zusatzkriterium als systemwidrig und entbehrlich betrachteten.⁴²² Diese Abkehr erntete jedoch in der Lit ebenfalls Kritik: Man sei von einer bewährten Interpretationsmethode abgekehrt und hätte die allgemeinen Vertragsziele durch eine zu restriktive Auslegung der Vertragsvorschrift vernachlässigt⁴²³

⁴¹⁹ EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147, Leitsätze Rn 5; fast wortgleich auch in EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Winthrop B.V.*, Rs 16-74, Slg 1974, 1183 Rn 32.

⁴²⁰ *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II, Art 81 Abs 1 EG Rn 111 mwN.

⁴²¹ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457.

⁴²² So zB *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 1. Kap. C Rn 200; im Ergebnis auch *Buntschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 123 mwN.

⁴²³ So zB *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II, Art 81 Abs 1 EG Rn 110 mwN.

Ob diese Kritik zutrifft, ist jedoch mehr als fraglich, denn man müsste davon ausgehen, dass solche konzerninternen Absprachen (gravierende) Auswirkungen auf den Markt hätten. Verneint man allerdings den Wettbewerb innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit – und dies ist ja bereits die erste Voraussetzung für das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit – wäre es unlogisch anzunehmen, dass eine Vereinbarung zwischen zwei nicht im Wettbewerb stehenden Unternehmen für den Markt „gefährliche“ Vereinbarungen schließen könnten, die in das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV fallen müssten.⁴²⁴ Gerade aus diesem Grund, weil durch solche konzerninternen Absprachen ohnehin niemals in bedeutendem Ausmaß in den Markt bzw in Positionen Dritter eingegriffen wird, ist die Voraussetzung konzerninterner Aufgabenverteilung entbehrlich. Im Gegenzug könnte man ebenfalls argumentieren, es habe schlussendlich jedes konzerninterne Verhalten Auswirkungen auf Dritte.⁴²⁵ Letzten Endes ist den Schlussanträgen des Generalanwalts *Carl Otto Lenz* zur *Viho*-Entscheidung beizupflichten, in denen erklärt wird, dass dieses zusätzliche Kriterium der internen Aufgabenverteilung mehr Fragen aufwirft als beantwortet bzw „zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen würde“.⁴²⁶ Von dieser Tatbestandsvoraussetzung der internen Aufgabenverteilung wurde mE also zu Recht Abstand genommen. Im Ergebnis ist und bleibt das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit demnach das einzig maßgebliche für die Bejahung des Konzernprivilegs⁴²⁷, weil es innerhalb dieser gar keinen für Art 101 Abs 1 AEUV relevanten Wettbewerb geben kann.

VII. Absprachen zwischen Tochtergesellschaften

Ist man sich nun über die Begründung des Konzernprivilegs im Klaren, so muss man sich in weiterer Folge die Frage stellen, in welchem Verhältnis der Konzernunternehmen zueinander diese Ausnahmeregelung tatsächlich greift. Die oben angeführten Beispiele haben alle den Fall einer Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft betroffen, der ja soweit unstrittig unter das Konzernprivileg fällt. Unproblematisch sind auch jene Fälle, in denen die Muttergesellschaft solche Vereinbarungen mit mehreren Tochtergesellschaften trifft.

Fraglich ist jedoch, ob diese Ausnahme auch für Vereinbarungen zwischen Tochtergesellschaften gelten sollte. Es wird dazu vermehrt die Meinung vertreten, diese Konstellation sei grundsätzlich nicht anders zu behandeln als im Falle von Vereinbarungen

⁴²⁴ Vgl dazu auch Schlussanträge des Generalanwalts *Carl Otto Lenz* zu EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5478 Rn 71.

⁴²⁵ So auch *Schröder*, WuW 1988, 278 mwN.

⁴²⁶ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5478 Rn 71.

⁴²⁷ So auch *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, EG⁴ I, Art 81 Abs 1 EGV Rn 55.

zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften⁴²⁸, jedoch seien Vereinbarungen zwischen Tochtergesellschaften ein Indiz dafür, dass letztere über einen weiten Handlungsspielraum verfügen würden, ihr Marktverhalten selbst zu bestimmen.⁴²⁹ Daher müsse man in solchen Fällen sorgfältig prüfen, ob die Tochtergesellschaften den ihnen belassenen Handlungsspielraum durch die Vereinbarung einschränken. Letzten Endes könne eine solche Absprache nur vom Konzernprivileg umfasst sein, wenn sie auf Grund einer Weisung oder unter dem bestimmenden Einfluss der Muttergesellschaft zustande gekommen sei, so *Groeben/Schwarze*.⁴³⁰ Bei locker strukturierten Unterordnungskonzernen und in Gleichordnungskonzernen sei dies weiters nur sehr schwer nachzuweisen.

Diese Auffassung scheint allerdings wenig überzeugend und in der Praxis problematisch. Bei Vereinbarungen zwischen Tochtergesellschaften, die innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit verbunden sind, handelt es sich ebenfalls um konzerninterne Absprachen, selbst wenn die Muttergesellschaft nicht daran beteiligt ist, weshalb – wie dies auch von *Groeben/Schwarze* richtig erkannt wurde – dieser Fall nicht grundlegend anders zu behandeln ist. Anstatt hierbei jedoch auf den zugegebenermaßen mühsam bis gar nicht zu erbringenden Beweis des Einflusses der Muttergesellschaft auf die konkrete Vereinbarung abzustellen, müsste man auch hier vorweg das tatsächliche Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit klären und alleine davon die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs abhängig machen. Ist es nämlich den Tochtergesellschaften ohne Weiteres möglich, ihre gesamte Marktpolitik selbst zu bestimmen, liegt auch kein Konzern vor, denn man müsste sohin annehmen, dass die Muttergesellschaft kaum Druck auf ihre Tochtergesellschaften ausübt.

Ähnlich sieht dies auch *Schröder*, indem er zwischen von der Konzernspitze abhängigen GmbH-Tochterunternehmen die Möglichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen verneint, sofern eine entsprechende Leitungsmacht seitens der Konzernspitze vorhanden ist.⁴³¹ Es ist – ob es sich nun um GmbH-Tochtergesellschaften handelt oder sie einer anderen Gesellschaftsform angehören – bei der Beurteilung der einheitlichen Leitungsmacht zu prüfen, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt. Wie bereits dargestellt, wäre es weder notwendig noch wünschenswert, dies anhand einer spezifischen Voraussetzung im Falle von Vereinbarungen zwischen Tochtergesellschaften zu beurteilen. Es wäre in diesem Sinne sinnvoll, das Problem bereits auf der Ebene der Konzerneigenschaft zu klären, anstatt auf der Ebene der Vereinbarung genau prüfen zu

⁴²⁸ Vgl auch *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, 417.

⁴²⁹ *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II, Art 81 Abs 1 EG Rn 111 mwN.

⁴³⁰ *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II, Art 81 Abs 1 EG Rn 111.

⁴³¹ *Schröder*, WuW 1988, 280 mwN.

müssen, unter welchen Voraussetzungen diese zu Stande gekommen ist. Eine solche Prüfung wäre auch im Rahmen des zum Konzernprivileg bisher Gesagten systemwidrig, weil es, wie bereits dargelegt, spätestens seit dem *Viho*-Urteil⁴³² nicht mehr auf die jeweilige Vereinbarung selbst ankommen darf. Daher müsste mE auch hier lediglich auf das Vorhandensein einer mangelnden Wettbewerbssituation innerhalb des Konzerns abgestellt werden, dh darauf, ob diese Tochtergesellschaften im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit verbunden sind.

VIII. Die zeitliche Abgrenzung des Konzernprivilegs

In zeitlicher Hinsicht kann das Konzernprivileg nur so lange anwendbar sein, wie die Leitungsmacht auch besteht.⁴³³ Dies hat die Kommission beispielsweise in ihrer Veröffentlichung vom 12.12.1986⁴³⁴ klargemacht, in der sie zunächst ankündigte, eine Vereinbarung zwischen Austin Rover Group Limited (ARG) und der Unipart Group Limited freizustellen. An beiden Unternehmen war die Regierung des Vereinigten Königreichs mittelbar fast Alleineigentümerin. Allerdings hatte die Regierung das Vorhaben kundgetan, Anteile von Unipart an private Unternehmen verkaufen zu wollen, wobei Unipart zwischenzeitlich als eine selbständige und von ARG unabhängige Einheit auftreten sollte. Dies brachte die Kommission dazu, die beteiligten Unternehmen nicht mehr als Teile einer wirtschaftlichen Einheit anzusehen, obwohl sie noch immer demselben Eigentümer angehörten.

Fraglich ist hierbei allerdings, ob mit der Weisung der Konzernspitze an eine Tochtergesellschaft, von anderen Konzernunternehmen „unabhängig“ zu handeln, tatsächlich das Bestehen der Leitungsmacht erlischt. Dem kann im Grunde nicht zugestimmt werden, weil es bei dieser Weisung vielmehr um das Erscheinungsbild der Tochtergesellschaft nach außen geht als um das tatsächliche Machtverhältnis im Konzern. So kann dies auch im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht für die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, ausschlaggebend sein, denn ein solches Erscheinungsbild kann – wie schon festgestellt wurde – den Wettbewerb innerhalb eines Konzerns fingieren. Ob ein Wettbewerb nun besteht und ob in weiterer Folge das Konzernprivileg tatsächlich eingreift, kann aber nicht an bloßen Absichtserklärungen gemessen werden, die bereits unstrittig bestehende wirtschaftliche Einheit aufzulösen.

⁴³² EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457.

⁴³³ *Schröder*, WuW 1988, 280.

⁴³⁴ *Schröder*, WuW 1988, 280 mit Verweis auf ABI Nr. C 319 vom 12.12.1986, 3 (WuW 1987, 637).

Es müsste daher der Muttergesellschaft völlig freistehen, ein gewisses Wettbewerbsverhältnis im Konzern zu „simulieren“ ohne dabei das Bestehen der wirtschaftlichen Einheit zu berühren, so lange sie die Möglichkeit hat, diese Weisung zu widerrufen oder umzuändern. Wenn die Konzernspitze aus taktischen Gründen zwei Tochtergesellschaften von einander nach außen hin „trennen“ will, so hat diese Tatsache an sich überhaupt keine Auswirkungen auf das Bestehen des beherrschenden Einflusses bzw der einheitlichen Leitung. Auch das Vorhandensein einer Verkaufsabsicht, welche durch diese vermeintliche „Loslösung“ aus dem Konzern verdeutlicht werden soll und womöglich ausschließlich auf marktstrategischen Gründen beruht, ist kein Indiz für ein allfälliges Ende der Leitungsmacht. Die Bekanntgabe der Verkaufsabsicht ist ebenso wenig wie die scheinbare „Trennung“ nach außen hin bindend oder gar unwiderruflich. Vielmehr ist der Zeitpunkt des tatsächlichen Verkaufs der Anteile ausschlaggebend und dies auch nur, wenn dadurch die Leitungsmacht der Konzernspitze derart eingeschränkt wird, dass das bleibende Ausmaß des Einflusses nicht mehr auf eine wirtschaftliche Einheit schließen lässt.

Zusammenfassend wird bei der Beurteilung der Dauer des Konzernprivilegs wohl grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Auflösung der wirtschaftlichen Einheit abzustellen sein, wobei im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise stets auf allfällige Umgehungsstrukturen geachtet werden muss.

B. Die Verhaltenszurechnung

Eine weitere unionsrechtliche Konsequenz der vollständigen Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, ist, dass die Mutter innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich für das Verhalten ihrer Töchter haftet.⁴³⁵ Diese Verhaltenszurechnung knüpft ihrerseits sehr stark an das Konzernprivileg an, zumal sie ebenfalls auf das Konzept der wirtschaftlichen Einheit abstellt und andererseits selbst eine konzernbezogene Ausnahme im Kartellrecht darstellt, nämlich die Ausnahme des Prinzips, dass jede Person für sich selbst haftet. Im Folgenden wird die ältere und neuere Rsp zu dieser Frage in der EU und in Österreich näher dargestellt, um die Voraussetzungen für eine derartige Verhaltenszurechnung genauer bestimmen zu können.

⁴³⁵ So zB EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619, 664 f; EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223, 255 f.

I. Die ältere grundlegende unionsrechtliche Rsp zur Verhaltenszurechnung

Zunächst wird die *Farbstoffe*-Entscheidung der Kommission⁴³⁶, welche in weiterer Folge zum *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission-Urteil* des EuGH⁴³⁷ geführt hat, genauer dargestellt, wobei in diesen Entscheidungen noch teilweise auf das in der älteren unionsrechtlichen Rsp einschlägige Tatbestandsmerkmal der Veranlassung durch die Muttergesellschaft eingegangen wird.

a. Die Farbstoffe-Entscheidung durch die Kommission und der EuGH-Fall Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission

Der EuGH beschäftigte sich in seiner *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission-Entscheidung* unter anderem mit dem Problem der Verhaltenszurechnung in Verbindung mit der Problematik der Anwendbarkeit von Art 101 Abs 1 AEUV auf Unternehmen, deren Sitz sich außerhalb der Gemeinschaft befand und welche am Gemeinsamen Markt selbst nicht aktiv waren. Die Kommission hatte zuvor in ihrer *Farbstoffe*-Entscheidung unter anderem das englische Unternehmen Imperial Chemical Industries Ltd (in weiterer Folge „ICIL“) mit einem Bußgeld geahndet, weil sie Absprachen von ICIL mit anderen Farbstoffherstellern festgestellt hatte.⁴³⁸ Das Problem war jedoch, dass einerseits das Vereinigte Königreich zu dieser Zeit noch nicht Mitglied der EWG war und dass ICIL am Gemeinsamen Markt selbst auch nicht aktiv gewesen war.

Der EuGH gab zunächst die Feststellungen der Kommission wieder, wonach einerseits die Tochtergesellschaften von ICIL bloß ihr Werkzeug gewesen seien und sie als ihr „verlängerter Arm“ gedient hätten, weil die regelwidrigen Preiserhöhungen auf verbindlicher Anweisung von ICIL stattgefunden hätten. Bei der ersten Frage ging es also gänzlich um die Problematik der Verhaltenszurechnung. Dabei legte die Kommission va darauf Wert, dass die Muttergesellschaft den Töchtern zwingende Weisungen erteilt hätte. Sie kam zum folgenden Schluss:

„Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sind demnach den Herstellern und nicht ihren Tochtergesellschaften oder Vertretern zur Last zu legen.“⁴³⁹

Andererseits sei nach Ansicht der Kommission das Auswirkungsprinzip einschlägig, wonach sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft aus den wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt ergebe.

⁴³⁶ Kommission 24.7.1969, *Farbstoffe*, IV/26.267, ABI 1969 L 195, 11-17.

⁴³⁷ EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619.

⁴³⁸ Kommission 24.7.1969, *Farbstoffe*, IV/26.267, ABI 1969 L 195, 11-17.

⁴³⁹ Kommission 24.7.1969, *Farbstoffe*, IV/26.267, ABI 1969 L 195, 12.

„Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Unternehmen, die derartige Wettbewerbsbeschränkungen verursachen, ihren Sitz innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft haben.“⁴⁴⁰

Der EuGH ergänzte diese Darstellungen folgendermaßen:

„Der Umstand, dass die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, vermag indessen noch nicht auszuschließen, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann. Dies gilt namentlich dann, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Kann die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen, so sind die Verbotsvorschriften des Artikels 85 Absatz 1 [Art 101 Abs 1 AEUV nF] in den Beziehungen zwischen ihr und der Muttergesellschaft, mit der sie dann eine wirtschaftliche Einheit bildet, unanwendbar. Wegen der Einheit des so gebildeten Konzerns kann das Vorgehen der Tochtergesellschaften unter bestimmten Umständen der Muttergesellschaft zugerechnet werden.“⁴⁴¹

Es wurde die Möglichkeit, das Verhalten der Tochtergesellschaft der Mutter zuzurechnen, sowohl von der Kommission als auch vom EuGH bereits an der Unselbständigkeit der Töchter festgemacht. Besonders hervorzuheben ist der mehr oder weniger direkte Schluss des EuGH vom Konzernprivileg auf die Verhaltenszurechnung. So wies er zunächst darauf hin, dass die Verbotsvorschriften des Art 101 Abs 1 AEUV innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nicht anwendbar wären. „Wegen der Einheit des so gebildeten Konzerns“ soll eine Zurechnung der Muttergesellschaft „unter bestimmten Umständen möglich sein“.⁴⁴² Damit war schon in dieser Entscheidung klar, dass zumindest der Begriff der wirtschaftlichen Einheit sowohl beim Konzernprivileg nach Art 101 Abs 1 AEUV als auch bei der Frage der Verhaltenszurechnung ident sein soll.

Die andere Frage, die der EuGH mit seinen Darstellungen aufgeworfen hat, ist, wie „unter bestimmten Umständen“ zur Anwendung der Verhaltenszurechnungsregeln zu deuten ist. Denn wie bereits angeschnitten, haben sowohl die Kommission als auch der EuGH angedeutet, dass die Befolgung von Weisungen für die Verhaltenszurechnung ein zentraler Aspekt sei. Ob in diesem Rahmen bereits eine Kontrollmöglichkeit genügen würde bzw ob eine Weisung jeweils im konkreten Fall notwendig ist, lässt sich aus dieser Entscheidung nicht endgültig herauslesen. Die Redewendung des EuGH „*wenn die Tochtergesellschaft im Wesentlichen Weisungen der Mutter befolgt*“, deutet allerdings darauf hin, dass von einer

⁴⁴⁰ Kommission 24.7.1969, *Farbstoffe*, IV/26.267, AB1 1969 L 195/16.

⁴⁴¹ EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619 Rn 133-135.

⁴⁴² EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619 Rn 134 f.

tatsächlichen Kontrollausübung ausgegangen werden muss und das bloße Vorhandensein einer Kontrollmöglichkeit zu wenig ist.⁴⁴³ Dies würde auch mit den Ausführungen zur wirtschaftlichen Einheit im Rahmen des Konzernprivilegs nach Art 101 Abs 1 AEUV im Einklang stehen (s dazu oben A.V.c.).

Bei der Verhaltenszurechnung soll also jeweils die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 oder 102 AEUV zu Lasten der Muttergesellschaft ergehen, wenn sie sich der Tochtergesellschaft als verlängerten Arm bedient hat.⁴⁴⁴ Was als „verlängerter Arm“ verstanden werden kann, geht nicht immer klar hervor. So ist teilweise von einer „Veranlassung“⁴⁴⁵ die Rede, teilweise genügt eine „Beeinflussung“.⁴⁴⁶ In der Lit wird teilweise vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft von der kartellrechtswidrigen Handlung wissen muss und dabei auch selbst aktiv wird.⁴⁴⁷ In der Praxis hat die Kommission in manchen Fällen, ohne genauer auf die Zurechnung einzugehen, Geldbußen gegen Konzernmütter verhängt, wobei letztere in diesen Fällen durchaus selbst aktiv geworden sind.⁴⁴⁸ Gerade in der neueren Rsp zur Verhaltenszurechnung hat man von einer allfälligen zusätzlichen Voraussetzung der „Veranlassung“ durch die Muttergesellschaft abgesehen (vgl dazu unten unter Punkt B.II.).

b. Die Zoja/CSC-ICI-Entscheidung der Kommission

Auch im Fall *Zoja/CSC-ICI*⁴⁴⁹ setzte man sich mit dem Problem der Verhaltenszurechnung bei Unternehmensverbindungen auseinander, allerdings wurde auf die Tatbestandsvoraussetzung der Beeinflussung durch die Muttergesellschaft nicht genauer eingegangen. Im Mittelpunkt stand vielmehr das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen Einheit. In dieser Entscheidung ging es konkret um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens eines Unternehmens (ICI), dessen Stammkapital zu 51% von einem anderen Unternehmen (CSC) gehalten wurde. Diese Mehrheit am Stammkapital genügte laut Ansicht der Kommission in Verbindung mit einer tatsächlich ausgeübten Kontrolle, um ICI und CSC als eine Einheit (im Wortlaut „Gruppe“) bezüglich der

⁴⁴³ So auch *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 90 f mwN.

⁴⁴⁴ So *Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften⁶ II, Art 81 Abs 1 EG Rn 113.

⁴⁴⁵ *Schröder* in *Schröder/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art 81 Abs 1 Rn 128.

⁴⁴⁶ *Schröder*, WuW 1988, 281.

⁴⁴⁷ So zB *Schröder*, WuW 1988, 281 mwN.

⁴⁴⁸ *Schröder*, WuW 1988, 281 mwN.

⁴⁴⁹ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABI 1972 L 299, 51-58.

Anwendung von Art 102 AEUV zu betrachten.⁴⁵⁰ Diese „Kontrolle“ begründete die Kommission folgendermaßen:

„CSC kontrolliert ICI, weil sie 51 % von deren Stammkapital besitzt. CSC kann - ausgehend von dieser Tatsache - ständig einen bestimmenden Einfluß auf die Willensbildung und mithin auf die Geschäftsführung der ICI ausüben, weil die Hauptversammlung im Hinblick auf die günstige Stimmabgabe durch jene Aktionäre, die mehr als die Hälfte des Stammkapitals darstellen, vor allem die Macht hat, die Geschäftsführer zu bestellen, über deren Befugnisse zu beschließen und die Bilanz zu genehmigen [...] Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats und des Vorstands der ICI macht deutlich, daß CSC tatsächlich eine Kontrolle über die ICI ausübt.“⁴⁵¹

Die Ausübung der Kontrolle machte die Kommission insbesondere daran fest, dass CSC im Wege eines Verkaufsverbots von seinen Händlern aus Dritten gegenüber gezielt versucht hätte, dem Konkurrenten Zoja die Versorgung unmöglich zu machen. Deshalb sei es unwahrscheinlich, dass *„CSC davon absieht oder davon abgesehen hat, tatsächlich von ihren Kontrollmöglichkeiten gegenüber der ICI Gebrauch zu machen, um das Verhalten dieser Gesellschaft auf dem Markt der betreffenden Erzeugnisse und vor allem die Beziehungen dieser Gesellschaft zu Zoja zu überwachen“*. Weiters kam die Kommission zum Schluss, dass *„CSC die Möglichkeit hat, die ICI zu kontrollieren, und dass sie diese Kontrollmöglichkeit zumindest hinsichtlich der Beziehungen zu Zoja tatsächlich ausübt“*.

Die Kommission kam daher zu folgendem Schluss:

„Es ist demnach in dieser Hinsicht nicht gerechtfertigt, zwischen dem Willen und den Handlungen der CSC und denen der ICI zu unterscheiden. Demnach sind die Gesellschaften CSC und ICI in ihren Beziehungen zu Zoja und im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 86 [Art 102 AEUV nF] als ein und dasselbe Unternehmen oder ein und dieselbe wirtschaftliche Einheit zu behandeln; sie werden nachstehend "CSC-ICI-Gruppe" genannt.“⁴⁵²

Dies war auch die Ausgangsentscheidung für das *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvent Corporation/Kommission-Urteil* des EuGH.⁴⁵³ Dabei bestätigte der Gerichtshof großteils die Feststellungen der Kommission, wobei zur Verhaltenszurechnung

⁴⁵⁰ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABl 1972 L 299, 51-58, II.A.

⁴⁵¹ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABl 1972 L 299, 51-58, II.A.

⁴⁵² Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABl 1972 L 299, 51-58, II.A.

⁴⁵³ EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvent Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223.

näher darauf eingegangen wurde, dass die Gesellschaften auf Grund des einheitlichen Auftretens als wirtschaftliche Einheit gemeinschaftlich verantwortlich wären.⁴⁵⁴

In ihren Ausführungen zur *Zoja/CSC-ICI*-Entscheidung bemühte sich die Kommission offenkundig, nicht bloß die Kontrollmöglichkeit hervorzuheben, sondern diese Kontrollmöglichkeit für die „Gruppen“-Eigenschaft von CSC-ICI durch die tatsächliche Ausübung der Kontrolle zu untermauern. In dieser Entscheidung hat sich die Kontrollausübung auch auf den konkreten Fall bezogen, weshalb zu diesem Zeitpunkt – wie schon in der oben dargestellten Entscheidung *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission* – noch nicht klar war, ob für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit bezüglich der Verhaltenszurechnung eine generelle, nicht auf den Fall bezogene, Ausübung der Kontrollmöglichkeiten genügen könnte. Klar war jedoch bereits, dass die tatsächliche Ausübung der Kontrolle ein wesentliches Element dieser wirtschaftlichen Einheit war.

Dieser Fall ist insbesondere auch deswegen interessant, weil er zeigt, wie eng die Problematiken des Konzerns (speziell jene der Kontrollmöglichkeit und der tatsächlichen Kontrollausübung) und der Verhaltenszurechnung verknüpft sind und offenbar sowohl im Rahmen des Konzernprivilegs als auch in jenem der Verhaltenszurechnung von einem gemeinsamen Begriff der wirtschaftlichen Einheit ausgegangen wird.

c. Die AEG-Entscheidung

Zweifel an dieser Rsp kamen bei den AEG-Entscheidungen auf:⁴⁵⁵ Dabei hatte zunächst die Kommission die Verantwortung der Muttergesellschaft bejaht, weil sie für die Ein- und Durchführung der Vertriebsbindung selbst verantwortlich gewesen sein soll bzw sich teilweise selbst durch Weisungserteilung in den Vertrieb einschaltete.⁴⁵⁶ So stellte die Kommission unter anderem Fest:

„Die Anwendung der Vertriebsbindung erfolgte im Interesse der AEG, die letztlich für ihre Ein- und Durchführung selbst verantwortlich war. AEG bediente sich beim Vertrieb der Vertragswaren ihrer Tochtergesellschaften [...] und griff im Einzelfall sogar unmittelbar in den Vertrieb ein, indem sie den Tochtergesellschaften insoweit Weisungen erteilte. AEG ist daher für die Verstöße ihrer Unternehmensbereiche und

⁴⁵⁴ EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvent Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223, 256 Rn 41; ähnlich auch *Buntstschek*, Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, 65.

⁴⁵⁵ Kommission 6.1.1982, *AEG-Telefunken*, IV/28.748, AB1 1982 L 117, 15-28 sowie EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151.

⁴⁵⁶ *Schröder*, WuW 1988, 282.

*Tochtergesellschaften, deren sie sich bei der Durchführung der Vertriebsverträge bediente, verantwortlich und kann sich nicht exkulpierten.*⁴⁵⁷

Allerdings bestanden bereits bei Generalanwalt *Gerhard Reischl* mangels Nachweisen von Einflussnahme durch die Mutter Bedenken hinsichtlich der Verhaltenszurechnung:⁴⁵⁸ Insbesondere hätte seiner Ansicht nach auf Grund der weitgehenden Entscheidungsfreiheit einer der Tochtergesellschaften (TFR) ihr Handeln nicht AEG zugerechnet werden sollen. Der EuGH befasste sich in weiterer Folge mit dieser Problematik⁴⁵⁹ und prüfte hinsichtlich zwei der drei Tochtergesellschaften, ob tatsächlich die Muttergesellschaft die Vertriebs- und Preispolitik beeinflusst hatte. Er stellte in Anlehnung an seine *Imperial Chemical Industries*-Entscheidung⁴⁶⁰ zunächst folgendes fest:

*„Der Umstand, dass die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, vermag nicht auszuschließen, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann.*⁴⁶¹

*Da AEG nicht bestritten hat, dass sie in der Lage war, die Vertriebs- und Preispolitik ihrer Tochtergesellschaften entscheidend zu beeinflussen, bleibt zu prüfen, ob sie von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Eine solche Prüfung ist jedoch im Fall von TFR nicht erforderlich; als hundertprozentige Tochtergesellschaft von AEG befolgt diese zwangsläufig eine Politik, die von denselben satzungsmäßigen Organen festgelegt wird wie die Politik von AEG.*⁴⁶²

Der Gerichtshof hielt also bereits auf Grund der Höhe der Beteiligung an der dritten Tochtergesellschaft die Prüfung für entbehrlich, ob eine tatsächliche Beeinflussung durch die Muttergesellschaft im konkreten Fall bestanden hat. Dies begründete der EuGH damit, dass es sich bei der dritten Tochter um eine 100-prozentige Beteiligung handle und deswegen zwangsläufig dieselbe Politik wie die Mutter verfolge, zumal letztere durch dieselben satzungsgemäßen Organe vorgeschrieben werde.

*Schröder*⁴⁶³ kritisiert diese Begründung wohl zu Recht, weil es in Bedachtnahme auf die tatsächliche Einflussnahme keinen Unterschied machen könne, ob nun die Beteiligung 99 oder 100 Prozent ausmacht. Einerseits erscheint diese Grenzziehung kaum nachvollziehbar, andererseits wurden hierbei die Tatbestandsvoraussetzungen inkonsequent angewendet, denn das Vorhandensein der wirtschaftlichen Einheit, die durch die

⁴⁵⁷ Kommission 6.1.1982, *AEG-Telefunken*, IV/28.748, AB1 1982 L 117, 15-28, Rn 74.

⁴⁵⁸ EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151, 3269, Rn VI.2.

⁴⁵⁹ EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151.

⁴⁶⁰ EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972/619.

⁴⁶¹ EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151 Rn 8, ähnlich Rn 49 mit Verweis auf die *Imperial Chemical Industries*-Entscheidung des EuGH (s oben, B.I.a.).

⁴⁶² EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151, 3199, Rn 50.

⁴⁶³ *Schröder*, WuW 1988, 282.

Alleinbeteiligung zumindest schwer widerlegbar ist, und der tatsächliche Gebrauch der Kontrollmöglichkeiten sind grundsätzlich getrennt zu prüfen. Dieser Lösung, obgleich es im Ergebnis vielleicht keinen Unterschied in Bezug auf die Höhe der Geldbuße gegeben hätte, ist daher nicht zu folgen: Auch mit dem Argument der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es in diesem Fall nicht vertretbar, unwiderlegbar von einem Tatbestandsmerkmal auf ein anderes zu schließen, um sich dadurch beweisliche Schwierigkeiten ersparen zu wollen. Man hätte entweder die tatsächliche Einflussnahme bei der dritten Gesellschaft nachweisen müssen oder sich ausdrücklich auf eine widerlegbare Vermutung stützen müssen, wonach auf Grund der 100%-Beteiligung eine wirtschaftliche Einheit indiziert wäre. Der Verweis auf eine derartige Vermutung blieb jedoch aus und wurde erst in der neueren Rsp entwickelt.

II. Die neueren Entwicklungen zur Verhaltenszurechnung

In der neueren unionsrechtlichen Rsp zum Thema der Verhaltenszurechnung bei Geldbußen löste man sich gänzlich vom Tatbestandsmerkmal der Veranlassung durch die Muttergesellschaft im jeweils zu prüfenden Fall. Vielmehr unterstrich der EuGH die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Einheit.⁴⁶⁴ Diese wirtschaftliche Einheit soll für die Zuwiderhandlung verantwortlich gemacht werden, ohne dass es auf die Rechtspersönlichkeit des Unternehmens ankommen soll.⁴⁶⁵ Darüber hinaus hat sich in der neueren Rsp die Vermutung herausgebildet, dass im Falle des Prima-Facie-Beweises einer Beteiligung von 100% eine Gesamtschuldnerhaftung der wirtschaftlichen Einheit vorliegen würde.⁴⁶⁶

a. Die Akzo Nobel-Entscheidung des EuGH

Diese Grundsätze widerspiegeln sich insbesondere in der *Akzo Nobel*-Entscheidung des EuGH.⁴⁶⁷ Der EuGH bestätigte die in der oben dargestellten älteren Rsp festgestellte Definition der wirtschaftlichen Einheit.⁴⁶⁸ Falls eine solche vorliegt, könne die Geldbuße an die Muttergesellschaft gerichtet werden, ohne dass deren persönliche Beteiligung an der

⁴⁶⁴ So zB EuG 15.6.2005, *Tokai Carbon ua/Kommission*, verbundene Rs T-71/03, T-74/03, T-87/03 und T-91/03, Slg 2005, 10 Rn 59.

⁴⁶⁵ *Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 72 f mwN.

⁴⁶⁶ Zu dieser Vermutung, s zB EuG 20.4.1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij ua/Kommission*, verbundene Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg 1999, II-931 Rn 961 und 984; EuG 9.9.2009, *Clearstream/Kommission*, T-301/04 Rn 198 ff; EuG 30.9.2009, *Hoechst GmbH/Kommission*, Rs T-161/05 Rn 59.

⁴⁶⁷ EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P.

⁴⁶⁸ So unter anderem auch EuG 15.6.2005, *Tokai Carbon ua/Kommission*, verbundene Rs T-71/03, T-74/03, T-87/03 und T-91/03, Slg 2005, 10 Rn 59.

Zu widerhandlung nachzuweisen wäre.⁴⁶⁹ Insbesondere stellte der EuGH, auf seine eigene Rsp verweisend, Folgendes fest:

„Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zu widerhandlung einzustehen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. Juli 1999, Kommission/ Anic Partecipazioni, C-49/ 92 P, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 145, vom 16. November 2000, Cascades/ Kommission, C-279/ 98 P, Slg. 2000, I-9693, Randnr. 78, und vom 11. Dezember 2007, ETI ua, C-280/ 06, Slg. 2007, I-10893, Randnr. 39).“⁴⁷⁰

Der EuGH äußerte sich ebenfalls zur materiellen Definition der wirtschaftlichen Einheit, welcher er ein bewegliches System zu Grunde legte. Zur Frage, ob eine Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten autonom bestimmen würde, gäbe es neben der Höhe der Kapitalbeteiligung *„auch sämtliche im Zusammenhang mit ihren wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zur Muttergesellschaft relevanten Gesichtspunkte, die von Fall zu Fall variieren und daher nicht abschließend aufgezählt werden können“*.⁴⁷¹

Weiters führte der EuGH aus, dass die Verhaltenszurechnung auf den „Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit“ zurückzuführen sei. Dies unterstreicht, dass die in sämtlichen oben genannten Entscheidungen angeführte wirtschaftliche Einheit unabhängig der einzelnen sie ausmachenden juristischen oder natürlichen Personen als einheitlicher Körper betrachtet wird, wobei der EuGH später ausführte, dass die Zu widerhandlungen *„einer juristischen Person zugerechnet werden, gegen die Geldbußen festgesetzt werden können“*. Allerdings muss der Adressat der Bußgeldentscheidung nicht immer das zu widerhandelnde Unternehmen sein.⁴⁷² Diesen Grundsatz erläuterte der EuGH – eine verschuldensunabhängige Haftung verneinend – wie folgt:

„Wie sich aus Randnr. 56 des vorliegenden Urteils ergibt, beruht das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft auf dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit, die die Zu widerhandlung begangen hat. Ist die Muttergesellschaft Teil dieser wirtschaftlichen Einheit, die, wie in Randnr. 55 des vorliegenden Urteils ausgeführt, aus mehreren juristischen Personen bestehen kann, wird sie gesamtschuldnerisch mit den anderen diese Einheit bildenden juristischen Personen für diese wettbewerbsrechtlichen Verstöße haftbar gemacht. Denn selbst wenn die Muttergesellschaft nicht unmittelbar an der Zu widerhandlung beteiligt war, übt sie in einem solchen Fall einen bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaften

⁴⁶⁹ EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 59.

⁴⁷⁰ EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 56; ähnlich auch EuGH 24.9.2009, *Lombardclub/Kommission*, verbundene Rs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P Rn 77.

⁴⁷¹ EuGH 10.9.2009, *Akzo Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 74.

⁴⁷² Vgl auch *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 74 ff mwN.

*aus, die daran beteiligt waren. In diesem Zusammenhang kann die Haftung der Muttergesellschaft daher nicht als eine verschuldensunabhängige Haftung angesehen werden.*⁴⁷³

Darüber hinaus wies der EuGH darauf hin, dass im Falle einer 100-prozentigen Kapitalbeteiligung eine widerlegbare Vermutung vorliegt, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt:

*„Unter diesen Umständen genügt es, dass die Kommission nachweist, dass die Muttergesellschaft das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft hält, um anzunehmen, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik dieses Tochterunternehmens ausübt. Die Kommission kann in der Folge dem Mutterunternehmen als Gesamtschuldner die Haftung für die Zahlung der gegen dessen Tochterunternehmen verhängten Geldbuße zuweisen, sofern die vom Mutterunternehmen, dem es obliegt, diese Vermutung zu widerlegen, vorgelegten Beweise nicht für den Nachweis ausreichen, dass sein Tochterunternehmen auf dem Markt eigenständig auftritt [...]“*⁴⁷⁴

Diese Entscheidung bestätigt daher großteils die oben unter Punkt B.I. dargelegte ältere Rsp und begründet die Standpunkte des Gerichtshofes in einer detaillierteren Art und Weise (insbesondere im Vgl zur oben dargestellten AEG-Entscheidung, in deren Rahmen ohne Vermutung eine wirtschaftliche Einheit unwiderlegbar angenommen wurde).

b. Analyse

Das vom EuGH erläuterte bewegliche System aus wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen entspricht jeder in dieser Arbeit beschriebenen Definition einer wirtschaftlichen Einheit bzw eines Konzerns. Auch die widerlegbare Vermutung, dass im Falle einer 100%-Beteiligung eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, stimmt sowohl mit der gefestigten Rsp in der EU⁴⁷⁵ als auch mit den Vermutungen nach deutschem Gesellschaftsrecht überein (vgl oben, 1. Kapitel unter Punkt B.). Eine solche Vermutung

⁴⁷³ EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 77.

⁴⁷⁴ EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 61; ähnlich auch EuG 30.4.2009, *Itochu Corp./Kommission*, Rs T-12/03 Rn 49.

⁴⁷⁵ Vgl dazu auch EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151 Rn 50; EuG 20.4.1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij ua/Kommission*, verbundene Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg 1999, II-931 Rn 961 und 984; EuG 8.10.2008, *Schunk GmbH und Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH/Kommission*, Rs T-69/04, Slg 2008, II-2567 Rn 56 (s auch *Hummer*, EuG Geldbußen im Kohlenstoff- und Graphitkartell bestätigt, OZK 2009, 38 f); EuG 30.9.2009, *Hoechst GmbH/Kommission*, Rs T-161/05 Rn 59.

sollte, wie dies der EuGH richtig festgestellt hat, immer widerlegbar sein.⁴⁷⁶ Dies hat jedoch der OGH im Rahmen seiner *Postbus*-Entscheidung nicht erkannt und im Falle einer 100%-Beteiligung jedenfalls eine unwiderlegbare Abhängigkeit angenommen (vgl. oben, 2. Kapitel unter Punkt F.I.).

Unklar ist, ob eine kapitalmäßige Verflechtung *conditio sine qua non* für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit ist, oder ob eine solche auch aus anderen Mitteln der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft geleitet werden kann.⁴⁷⁷ Nicht nur eine 100%-Beteiligung kann eine solche wirtschaftliche Einheit indizieren, im oben dargestellten *Zoja/CSC-ICI*-Fall wurde sie auf Grund einer Kapitalbeteiligung von 51% angenommen.⁴⁷⁸ Eine solche oder eine gar stärkere Verbindung wird aber regelmäßig nicht nur durch Kapitalbeteiligungen, sondern zB auch durch Organschaftsverträge, Beherrschungsverträge, personelle Verflechtungen oder auch faktische wirtschaftliche Abhängigkeiten gegeben sein. Daher müsste mE – auch im Lichte des bisher im 1. und 2. Kapitel Gesagten – nicht strikt auf Kapitalbeteiligungen abgestellt werden. Vielmehr sollte es, wie bereits mehrfach im Rahmen des Konzernprivilegs dargelegt, im Endeffekt darauf ankommen, dass die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann. Die spezifischen Mittel, welche zu einer wirtschaftlichen Einheit führen, sind dabei irrelevant. Schlussendlich ist die Kapitalbeteiligung mMn nichts Weiteres als ein Indiz für das Vorhandensein einer solchen wirtschaftlichen Einheit, wie zB auch allfällige Weisungsrechte, Organverflechtungen oder sonstige Abhängigkeiten. Dieser Schluss lässt sich wohl auch aus den Wortwendungen der *Clearstream*-Entscheidung des EuG leiten:

„[...] Das Verhalten einer Tochtergesellschaft kann daher der Muttergesellschaft zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt [...]

*In dem speziellen Fall, dass ein Mutterunternehmen 100 % des Kapitals seines Tochterunternehmens hält, das eine Zuwiderhandlung begangen hat, besteht eine einfache Vermutung, dass dieses Mutterunternehmen einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten seines Tochterunternehmens ausübt [...]*⁴⁷⁹

Aus diesen Erläuterungen lässt sich mMn herauslesen, dass für die Haftungszurechnung einzig und allein vorausgesetzt wird, dass die Tochtergesellschaft ihr

⁴⁷⁶ Zur Widerlegbarkeit der Vermutung, s auch EuGH 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Kommission*, Rs C-286/98 P, Slg 2000, I-09925 Rn 29; weiters EuG 27.9.2006, *Avebe BA/Kommission*, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085 Rn 136.

⁴⁷⁷ Diesen Schluss leiten zB *Dannecker/Biermann* aus der älteren Jud heraus; vgl *dieselben* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 85 mwN.

⁴⁷⁸ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, AB1 1972 L 299, 51-58, II.A.

⁴⁷⁹ EuG 9.9.2009, *Clearstream/Kommission*, T-301/04 Rn 198 f.

Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann. Die danach genannte Vermutung für den Fall der Kapitalbeteiligung hat hierbei nur demonstrative Funktion (arg. „In dem speziellen Fall [...]“), welche in diesem Rahmen wahrscheinlich eine noch geringere Indizfunktion hat als die Weisungsbefolgung (arg. „im Wesentlichen“). Gerade auch die oben dargestellte *Akzo Nobel*-Entscheidung bestätigt diese Ansicht, denn dort wurde – wie erwähnt – ausdrücklich festgestellt, dass neben allfälligen Kapitalbeteiligungen auch sämtliche Gesichtspunkte im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen der Tochter zur Muttergesellschaft zu berücksichtigen seien, die von Fall zu Fall variieren und daher nicht abschließend aufgezählt werden können.⁴⁸⁰

Fraglich ist in diesem Rahmen auch, wie der vom EuGH erwähnte „Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit“ gedeutet werden soll bzw wie sich letzterer im Verhältnis zur wirtschaftlichen Einheit verhält. *Zimmer/Paul* kritisieren, dass im Rahmen der unionsrechtlichen Rsp die dogmatische Grundlage der Verhaltenszurechnung bei Geldbußen unklar ist bzw keine klare Linie erkennbar sei.⁴⁸¹ Dies soll sich insbesondere darauf auswirken, welches Konzernunternehmen konkret zur Verantwortung gezogen werden kann.

III. Die konkrete Haftendenkreis im Rahmen der Verhaltenszurechnung

Somit stellt sich die Frage, welchen Haftendenkreis die unionsrechtliche Verhaltenszurechnung mitumfasst. Die Kommission und der EuGH haben in den dargestellten Entscheidungen die Mütter für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften verantwortlich gemacht, weil sie diese regelmäßig auch hinsichtlich der Kartellrechtsverstöße beeinflusst hatten. Diese Haftungszurechnung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tochtergesellschaft Rechtspersönlichkeit besitzt.⁴⁸² Dabei richtet sich – wie oben erläutert – die verhängte Geldbuße laut der EU-Rsp regelmäßig an die Muttergesellschaft. Ähnlich wurde im Fall *Continental Can* die Mutter haftbar gemacht, weil sie ihre Tochter Europaemballage veranlasst hatte, ein Kaufangebot zu machen, welches der EuGH als Verstoß gegen das Zusammenschlusskontrollrecht ansah.⁴⁸³ Dies erläuterte der Gerichtshof folgendermaßen:

„Es steht fest, dass *Continental* die Firma *Europemballage* veranlasst hat, in den Niederlanden den Aktionären von *TDV* ein Kaufangebot zu machen, und hierfür die

⁴⁸⁰ EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 74.

⁴⁸¹ *Zimmer/Paul*, Kartellbußgeldrechtliche Haftung und Haftungsbefreiung im Konzern, WuW 2007, 971 ff; weiters *Hoffer/Innerhofer*, Verhängung von Geldbußen gegen das "Aufzugskartell" wegen Wettbewerbsverstößen auf dem inländischen Markt, ÖBl 2009, 134.

⁴⁸² Vgl *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 78.

⁴⁸³ *Schröder*, WuW 1988, 281 mit Verweis auf EuGH 21.2.1973, *Europemballage Corporation und Continental Can/Kommission*, Rs 6-72, Slg 1973, 215, 242.

*erforderlichen Mittel bereitgestellt hat. Am 8. April 1970 hat Europemballage die zu diesem Zeitpunkt angebotenen Aktien und Obligationen der TDV angekauft. Somit ist diese Transaktion, auf Grund deren die Kommission die streitige Entscheidung getroffen hat, nicht nur Europemballage, sondern auch und in erster Linie Continental zuzurechnen.*⁴⁸⁴

Daraus lässt sich mE jedoch nicht leiten, ob nur die Mutter zur Verantwortung gezogen worden wäre (arg. „nicht nur Europemballage“), zumal letzten Endes die Betroffenen freigesprochen wurden. Im Fall von Tatbeiträgen durch mehrere Konzernunternehmen, können aber auch diese als Gesamtschuldner für die Geldbuße herangezogen werden.⁴⁸⁵ In der Entscheidung *Zoja/CSC-ICI*⁴⁸⁶ kam die Kommission zB zum Schluss, dass Mutter- und Tochterunternehmen einheitlich vorgegangen seien und ließ beide gemeinschaftlich haften.

a. Der Lombardclub-Fall des EuGH und des EuG

Im Rahmen des *Lombardclub*-Urteils⁴⁸⁷ stellte der EuGH weiters fest, dass unter gewissen Umständen sogar eine neue Muttergesellschaft anstatt der alten noch vorhandenen kartellrechtlich belangt werden könne.⁴⁸⁸ Generell könnten zB Unternehmen, welche nicht Urheber der Zuwiderhandlung sind, für andere haften, „wenn die Einrichtung, die die Zuwiderhandlung begangen hat, rechtlich nicht mehr besteht“. Dies habe den Zweck, „organisatorische Änderungen“ im Unternehmen vorzubeugen.

Im gegenständlichen Fall bestand zwar die zuwiderhandelnde Gesellschaft noch immer, doch war die übernehmende Muttergesellschaft selbst Mitglied des gegenständlichen Kartells und wusste zum Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftstätigkeit der Tochter, „dass die Möglichkeit eines Verfahrens gegen diese wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG bestand, und dass sie sich somit in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin dieser Gesellschaft in Bezug auf eine Geldbuße den Folgen eines solchen Verfahrens aussetzte“.⁴⁸⁹ Hierbei müsse das erwerbende Unternehmen laut EuGH haften. Anderenfalls würden, „die Ermittlungen der Kommission erheblich durch das Erfordernis erschwert, bei

⁴⁸⁴ EuGH 21.2.1973, *Europemballage Corporation und Continental Can/Kommission*, Rs 6-72, Slg 1973, 215, 242 Rn 16.

⁴⁸⁵ So zB Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABI 1972 L 299, 51-58.; EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223, 255 f.

⁴⁸⁶ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABI 1972 L 299, 51-58.

⁴⁸⁷ EuGH 24.9.2009, *Lombardclub/Kommission*, verbundene Rs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P Rn 76 ff.

⁴⁸⁸ Vgl auch *Hummer*, Mütter in kartellrechtlicher Ziehung, Die Presse 2009/41/07.

⁴⁸⁹ EuGH 24.9.2009, *Lombardclub/Kommission*, verbundene Rs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P Rn 83.

jedem Fall der Nachfolge der Kontrolle über ein Unternehmen zu prüfen, inwieweit dessen Handlungen der ehemaligen Muttergesellschaft zugerechnet werden können“.

Ähnlich hatte schon zuvor das EuG folgende Ansicht festgehalten:

„Im Sinne der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln kann es jedoch erforderlich werden, ein Kartellvergehen ausnahmsweise nicht dem ursprünglichen, sondern dem neuen Betreiber des am Kartell beteiligten Unternehmens zuzurechnen, sofern dieser tatsächlich als Nachfolger des ursprünglichen Betreibers angesehen werden kann, wenn er also das am Kartell beteiligte Unternehmen weiterbetreibt [...] Ohne eine andere Möglichkeit, die Sanktion einer anderen Einrichtung als derjenigen, die die Zuwiderhandlung begangen hat, aufzuerlegen, könnten nämlich Unternehmen Sanktionen einfach dadurch entgehen, dass durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstige Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art ihre Identität geändert wird [...]“⁴⁹⁰

Allerdings sei diese Zurechnung laut EuG eine Möglichkeit und keine Verpflichtung, insbesondere in jenen Fällen, in denen der ursprüngliche Betreiber weiterhin rechtlich und wirtschaftlich besteht.⁴⁹¹ Im Wege einer solchen „durchgehenden“ Zurechnung wird also versucht, einerseits den derzeitigen Konzern als Einheit anzuerkennen, ohne die zuwiderhandelnde Tochtergesellschaft von diesem zu trennen. Dies soll selbst der Fall sein, wenn ein anderes Unternehmen dem zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung kontrollierenden Unternehmen nachfolgt. Andererseits müsse es laut EuG auch nach wie vor die Möglichkeit geben, das damals kontrollierende Unternehmen zu ahnden.

b. Die Ausuferungsgefahr der Haftung

Dieser Haftungsansatz wird teilweise als ausufernd eingeschätzt.⁴⁹² Richtig ist mE jedenfalls die Miteinbeziehung der „alten“ Muttergesellschaft, da es keinen Grund gibt, eine Gesellschaft zu belohnen, wenn sie sich nach dem Kartellverstoß ihrer Tochter entledigt hat. In dieser Hinsicht besteht auch keine Gefahr der Haftungsausuferung, insbesondere wenn man davon ausgeht, dass die Muttergesellschaft unabhängig von der konkreten Zuwiderhandlung bei Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit haften soll. Fraglich ist jedoch, ob die „neue“ Gesellschaft, maW die Erwerberin der zuwiderhandelnden Tochter, für das Verhalten dieser Tochter haften soll, welches noch vor dem Erwerb gesetzt wurde.

⁴⁹⁰ EuG 30.9.2009, *Hoechst GmbH/Kommission*, Rs T-161/05 Rn 51.

⁴⁹¹ EuG 30.9.2009, *Hoechst GmbH/Kommission*, Rs T-161/05 Rn 64.

⁴⁹² Vgl insbesondere die scharfe Kritik an der EuG-Entscheidung von *Bauer/Reisner*, *Erweiterte Zurechnung des Verhaltens Dritter bei der Festsetzung von Geldbußen im EG-Kartellrecht?* WuW 2007, 737 ff; ähnlich auch *Sura in Langen/Bunte*, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*¹¹ II, Art 23 VO 1/2003 Rn 12 mwN.

Hierbei ist die Kritik verständlich, zumal die Zurechnung va damit begründet wird, dass sich die Behörden durch diese ungewollte „Haftungsübernahme“ Ausforschungen ersparen wollten. Auch die Umstände des Einzelfalles weisen kaum auf ein anderes Ergebnis hin, denn dass die Erwerberin selbst (unabhängig von der nachträglich erworbenen Tochter) am Kartell beteiligt war und die Zuwiderhandlungen kannte, berechtigt mE noch keine derartige Haftungsübernahme. Somit kann in dieser Hinsicht die Kritik an einer möglichen Haftungsausuferung im Grunde zugestimmt werden.

Doch nicht nur Mutter und Tochter können für die Zuwiderhandlung geahndet werden: Als „wirtschaftliche Einheit“ können sowohl die gesamte Gruppe als auch Teile davon, also andere Tochtergesellschaften, betroffen sein. So hat die Kommission in ihrer *Karton*-Entscheidung folgendes festgestellt:

„Die EG-Wettbewerbsregeln gelten für "Unternehmen". Dieser Begriff deckt sich nicht mit dem der rechtsfähigen Gesellschaft mit gesonderter Rechtspersönlichkeit. Der Begriff "Unternehmen" ist im Vertrag nicht definiert. Er kann sich aber auf jede Einheit mit wirtschaftlicher Tätigkeit beziehen. Im Falle grosser Firmengruppen kann je nach den Umständen jede der folgenden Einheiten als "Unternehmen" gelten:

- die Mutter- oder Holdinggesellschaft der Gruppe;
- die ganze Firmengruppe, bestehend aus Muttergesellschaft und ihren direkten und indirekten Tochtergesellschaften;
- Zwischenholdings;
- von den Unterholding-Gesellschaften oder deren Tochtergesellschaften gegründete Teilkonzerne oder Unternehmensbereiche;
- die individuellen Tochtergesellschaften.“⁴⁹³

Zimmer/Paul kritisieren hierbei, dass auf Grund des Abstellens auf die „wirtschaftliche Einheit“ auch entfernte Schwestergesellschaften zur Verantwortung gezogen werden könnten, welche keine Möglichkeit zur Verhinderung der Zuwiderhandlung gehabt hätten. Dies wäre ihres Erachtens nicht mit dem Verschuldenserfordernis des Art 23 VO 1/2003 vereinbar.⁴⁹⁴ Auf Grund der Ausuferungsgefahr durch die mögliche Haftung entfernter Töchter wollen sie die Verhaltenszurechnung dogmatisch nur mit dem Grundsatz der Zurechenbarkeit stützen.

⁴⁹³ Kommission 13.7.1994, *Karton*, IV/C/33.833, AB1 1994 L 243, 1-78 Rn 140.

⁴⁹⁴ *Zimmer/Paul*, WuW 2007, 971 f; ähnlich kritisch auch *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 76, 82 ff sowie 88 ff mwN.

Mit diesem Ziel versuchen *Zimmer/Paul*, nicht die „wirtschaftliche Einheit“ selbst, sondern die Weisungsgebundenheit der Tochtergesellschaft ihrer Mutter gegenüber als dogmatische Grundlage der Verhaltenszurechnung heranzuziehen.⁴⁹⁵ So argumentieren sie, dass dadurch nicht automatisch die gesamte wirtschaftliche Einheit, sondern nur die für sich „zurechenbaren“ Unternehmen für und miteinander haften sollen. Ähnlich stellen *Dannecker/Biermann* fest, dass die Kommission ihre Entscheidungen zur Verhaltenszurechnung eher auf die wirtschaftliche Einheit basiert und der EuGH zu einer Zurechnungslösung tendiert, wobei das Fehlverhalten der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet wird.⁴⁹⁶

Zwar hat der EuGH zB in seiner *Stora*-Entscheidung mit Verweis auf seine ältere Rsp (insbesondere der oben dargestellten Entscheidung *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*) festgestellt:

„Wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat, schließt der Umstand, dass die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, noch nicht aus, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann; dies gilt insbesondere dann, wenn die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt [...]“⁴⁹⁷

Diese „rein vertikale“ Zurechenbarkeitsbegründung hat der EuGH jedoch zumeist relativiert und die Zurechenbarkeit mit der Zugehörigkeit zur selben wirtschaftlichen Einheit begründet.⁴⁹⁸ Anderes wäre der Fall, wenn eine konkrete Veranlassung durch die Muttergesellschaft für die Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft notwendig wäre. Von dieser Voraussetzung ist der EuGH jedoch abgegangen und begründet nun die Verhaltenszurechnung, wie bereits dargestellt, mit der bloßen Zugehörigkeit zur selben wirtschaftlichen Einheit.⁴⁹⁹ Weiters hat der EuGH in seiner *Dansk Rørindustri*-Entscheidung klargestellt, dass auch horizontale Durchgriffe möglich seien, insbesondere dann, wenn eine natürliche Person an der Spitze der wirtschaftlichen Einheit stünde.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ *Zimmer/Paul*, WuW 2007, 972.

⁴⁹⁶ Vgl *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 79 ff mwN.

⁴⁹⁷ EuGH 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Kommission*, Rs C-286/98 P, Slg 2000, I-09925 Rn 26.

⁴⁹⁸ So zB EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 58 f.

⁴⁹⁹ Ähnlich relativieren auch *Dannecker/Biermann* die Unterscheidung beider Ansätze und gestehen ein, dass es je nach Ansatz regelmäßig zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen kommt: vgl *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG⁴ I, VO 1/2003 Rn 83 mwN.

⁵⁰⁰ Vgl EuGH 28.6.2005, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, verbundene Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg 2005, I-05425 Rn 110 ff; einschränkender zB EuGH 2.10.2003, *Aristrain/Kommission*, Rs C-196/99 P, Slg 2003, I-11005 Rn 96 ff.

Zwar existiert die Möglichkeit einer Haftungsausuferung⁵⁰¹, falls es den Behörden völlig freisteht, jede Tochtergesellschaft des Konzerns zu bestrafen und zwar unabhängig von ihrer eigenen „Entfernung“ vom zuwiderhandelnden Konzernteil. Auf der anderen Seite ließe sich argumentieren, dass die Geldbuße im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit im Endeffekt ohnehin die Muttergesellschaft treffe und es den einzelnen Unternehmen bzw der Mutter freistünde, die Buße intern zu begleichen. Schlussendlich muss mE den Behörden für den Zugriff innerhalb eines Konzerns ein gewisser – wenn auch nicht übertrieben großer – Spielraum gelassen werden. Sonst stünde es der Muttergesellschaft frei, im Falle einer drohenden Geldbuße ihren Umsatz im Vorfeld auf eine andere unbeteiligte Tochter umzuschichten, auf welche mangels „Zurechenbarkeit“ nicht zurückgegriffen werden könnte. Auf Grund solcher Umschichtungen könnten sich Einbringungskomplikationen ergeben, welchen sich die Behörden verständlicherweise nicht aussetzen wollen und weshalb schlussendlich auf die gesamte wirtschaftliche Einheit zurückgegriffen wird.

Auch hat die EU-Jud mehrfach zu verstehen gegeben, dass sie – nicht zuletzt um derartige Komplikationen zu vermeiden – den Konzern als ein „Unternehmen“ ansieht und der Rechtsform hinsichtlich der Zurechenbarkeit keine Bedeutung zubilligt.⁵⁰² Zwar müsse die „Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft [...] eindeutig einer juristischen Person zugerechnet werden, gegen die Geldbußen festgesetzt werden können [...]“.⁵⁰³ Ebenso hat der EuGH festgestellt, dass der von der Kommission verwendete Unternehmensbegriff und die Verhaltenszurechnung nicht bloß deshalb angeführt werden dürfen, weil die Identität der Konzernleitung unbekannt ist.⁵⁰⁴ Auf Grund der bisherigen Rsp sowie der dargestellten Umstände kann jedoch nach wie vor nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Geldbuße anderen Konzernunternehmen zugerechnet wird, um allfälligen Umgehungen bzw Komplikationen vorzubeugen.

IV. Die Frage der Verhaltenszurechnung bei Gemeinschaftsunternehmen

Die in der *Akzo-Nobel*-Entscheidung⁵⁰⁵ zusammengefasste Position des EuGH widerspiegelt sich in anderen Entscheidungen und dient als Basis weiterer rechtlicher Feststellungen zum Thema der Verhaltenszurechnung.

⁵⁰¹ Vgl insbesondere die obigen Ausführungen zum *Lombardclub/Kommission*-Urteil sowie die Kritik von *Bauer/Reisner*, WuW 2007, 737 ff.

⁵⁰² Vgl zB EuGH 28.6.2005, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, verbundene Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg 2005, I-05425 Rn 112; EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 55.

⁵⁰³ EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P Rn 57.

⁵⁰⁴ EuGH 2.10.2003, *Aristrain/Kommission*, Rs C-196/99 P, Slg 2003, I-11005 Rn 98.

⁵⁰⁵ EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P.

Nicht endgültig geklärt ist zB die Frage, wie die Verhaltenszurechnung bei Gemeinschaftsunternehmen erfolgt. Wie sich bereits im Zuge dieser Arbeit herausgestellt hat, ist das Konstrukt der wirtschaftlichen Einheit bei Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig nicht zielführend, da Gemeinschaftsunternehmen per definitionem gemeinschaftlich geleitet werden und von einer wirtschaftlichen Einheit daher selten die Rede sein kann.

Somit würde es sich im Gegensatz zu den Fällen, in denen eine einheitliche Leitung und somit eine einzige wirtschaftliche Einheit existiert, anbieten, die Verhaltenszurechnung im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich auf eine reine „Zurechnung“ zurückzuführen. Eine solche könnte entweder auf die konkrete Veranlassung durch eines der kontrollierenden Unternehmen beruhen oder auch damit begründet werden, dass auf Grund der gemeinsamen Kontrolle sämtliche kontrollierende Unternehmen für die Tochter verantwortlich sind. Die unionsrechtliche Jud hat sich in der Vergangenheit auf letztere Begründung berufen und zB im Fall *Fußball-WM 1990* festgestellt, dass ein Gemeinschaftsunternehmen trotz eigener Rechtspersönlichkeit sein Verhalten nicht wirklich unabhängig bestimmen konnte.⁵⁰⁶ Im Rahmen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens wurde allerdings angenommen, dass auf Grund der Unabhängigkeit des joint ventures von den Müttern kein Haftungsdurchgriff erfolgen sollte:

„Tatsächlich ist es im Fall eines joint ventures, das von seinen Mutterunternehmen gemeinsam gehalten wird (und über das keines der Mutterunternehmen de facto oder de jure alleinige Kontrolle ausübt) so, dass davon auszugehen ist, dass das joint venture unabhängig von seinen Mutterunternehmen ist (d.h. es kann angenommen werden, dass es sich dabei um ein anderes Unternehmen als die Mutterunternehmen handelt).“⁵⁰⁷

Daraus leiten *Zimmer/Paul* zu Recht, dass das Maß der Beherrschung jenes der „normalen“ gemeinsamen Kontrolle überschreiten müsse, um die Mütter (oder eine davon) im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens haften zu lassen.⁵⁰⁸ Die genaue Abgrenzung bleibt jedoch weitgehend unklar.

Gewisse Hinweise zur notwendigen Kontrollintensität lassen sich aus der *Avebe*-Entscheidung⁵⁰⁹ leiten. Dort handelte es sich beim Gemeinschaftsunternehmen (Glucona) um „ein rein vertragliches Gebilde ohne eine eigene Rechtspersönlichkeit“, welches

⁵⁰⁶ Kommission 27.10.1992, *Vertrieb der Pauschalarrangements anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 1990*, IV/33.384 und 33.378, ABl 1993 L 326, 31-42.

⁵⁰⁷ Vgl Kommission 21.12.2005, *Kautschukchemikalien*, COMP/F/38.443, ABl 2006 L 353, 50-53 Rn 263.

⁵⁰⁸ *Zimmer/Paul*, WuW 2007, 974 f.

⁵⁰⁹ EuG 27.9.2006, *Avebe BA/Kommission*, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085.

weitgehend unselbständig handelte. Das EuG verglich die Kontrollintensität der Mütter (Akzo und Avebe) mit einem Fall, in dem eine einzige Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft zu 100% kontrollierte und stellte fest, dass die Mütter das Vorgehen der Tochter auf dem Markt so sehr bestimmten, dass das Gemeinschaftsunternehmen insoweit über keine echte Selbständigkeit verfügte. Die Abhängigkeitsvermutung wäre dadurch verstärkt, dass die Geschäftspolitik von Glucona tatsächlich gemeinsam von deren Gesellschaftern bestimmt wurde.⁵¹⁰ Das EuG kam sohin zu folgendem Schluss:

„Daraus folgt, dass die Kommission angesichts der engen wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen Glucona einerseits sowie den gemeinsam die tatsächliche Kontrolle über sie ausübenden Akzo und Avebe andererseits keinen Fehler begangen hat, als sie festgestellt hat, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von Glucona Avebe zugerechnet werden könne. Weiter folgt daraus, dass Glucona einerseits sowie Akzo und Avebe andererseits entgegen der Auffassung von Avebe eine wirtschaftliche Einheit [...] bilden, in deren Rahmen das wettbewerbswidrige Verhalten der Tochtergesellschaft ihren Muttergesellschaften zugerechnet werden kann, die für das Verhalten verantwortlich sind, weil sie die tatsächliche Kontrolle über die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft ausüben [...]“⁵¹¹

Diese Entscheidung ist nicht nur deshalb interessant, weil sie Hinweise zur für die Verhaltenszurechnung bei einem Gemeinschaftsunternehmen ausschlaggebenden Kontrollintensität gibt. Das EuG stellt insbesondere auch fest, dass ab einer gewissen Kontrollintensität auch bei einem Gemeinschaftsunternehmen von einer „wirtschaftlichen Einheit“ ausgegangen werden kann.

Dieses Konstrukt kann jedoch im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen in Frage gestellt werden, insbesondere wenn die Mütter des Gemeinschaftsunternehmens nicht ihrerseits durch eine gemeinsame Mutter kontrolliert werden. Denn bei voneinander unabhängigen Müttern eines Gemeinschaftsunternehmens kann von keinem „Konzern“ und somit auch von keiner „wirtschaftlichen Einheit“ die Rede sein. Denkbar wäre höchstens die Fiktion eines solchen Verhältnisses zwischen der „Kooperation“ der Mütter und dem Gemeinschaftsunternehmen, wenn durch diese Kooperation ein tatsächlicher Einfluss über die Tochtergesellschaft ausgeübt wird, wie es in der Avebe-Entscheidung der Fall war. Glucona, Avebe und Akzo als eine einzige wirtschaftliche Einheit zu betrachten, ginge jedoch auf Grund des Gesagten zu weit, denn bei zwei kontrollierenden Müttern ist per definitionem eine „einheitliche Leitung“ auszuschließen. Viel mehr handelt es sich dabei um eine „kooperative Leitung“.

⁵¹⁰ EuG 27.9.2006, Avebe BA/Kommission, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085 Rn 137-140.

⁵¹¹ EuG 27.9.2006, Avebe BA/Kommission, Rs T-314/01, Slg 2006, II-3085 Rn 141.

Dass es bei einer derartigen Kontrollintensität zu einer Haftungszurechnung hinsichtlich beider Mütter kommen muss, ist allerdings im Ergebnis richtig. Dogmatisch ist dies mE aber nicht auf das Vorhandensein einer „wirtschaftlichen Einheit“ zurückzuführen, sondern darauf, dass das Fehlverhalten mangels Selbständigkeit der Tochter auf die tatsächlichen Entscheidungsträger des Gemeinschaftsunternehmens, im gegenständlichen Fall also die gemeinsam kontrollausübenden Mütter, zurückzuführen ist.

Schlussendlich wird man unabhängig von genauen Abgrenzungsproblemen und davon, ob man dogmatisch von einer „wirtschaftlichen Einheit“ sprechen kann, jedenfalls dann die Zurechnung im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen bejahen müssen, wenn die Kontrolle durch die Mütter tatsächlich ausgeübt wird. Dies geht eindeutig aus der *Avebe*-Entscheidung hervor und steht auch mit der Rsp zur Verhaltenszurechnung in den Fällen einheitlicher Leitung im Einklang.

V. Die Österreichische Rechtslage zu einer allfälligen Verhaltenszurechnung

In Österreich ist die Frage der Verhaltenszurechnung bei weitem nicht in derselben Intensität behandelt worden wie beispielsweise im EU-Recht.

Bereits in einer Entscheidung aus 1976 hatte der OGH festgehalten, dass „Unternehmen die konzernmäßig miteinander verbunden sind [und] bei der Beurteilung der Marktbeherrschung als ein einziges Unternehmen gelten“ nicht einen allfälligen Missbrauch eines anderen Konzernunternehmens nach § 5 KartG zu verantworten hätten.⁵¹² Ähnlich stellte der OGH in seiner *Haftungsverbund II*-Entscheidung klar, dass Tochterunternehmen – auch bei wirtschaftlicher Abhängigkeit der Mutter gegenüber – selbständige Akteure auf dem Markt seien und nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit jedem Unternehmen das eigene kartellrechtswidrige Verhalten zuzurechnen sei – sei es auch ein beherrschtes Konzernunternehmen.⁵¹³

Der OGH hat zwar kürzlich in seiner *Aufzugskartell*-Entscheidung⁵¹⁴ festgestellt, dass nach § 29 Abs 1 KartG der Konzernumsatz bei der Berechnung der Geldbuße heranzuziehen sei und dabei „verbundene Unternehmen als ein einziges Unternehmen gelten“. In weiterer Folge ging er aber nur peripher auf die Verhaltenszurechnungsproblematik ein:

⁵¹² Vgl OGH als KOG 22.11.1976, Okt 8/76 – ÖMV (ÖBl 1977, 17); vgl auch *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, § 1 E 36.

⁵¹³ Vgl OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 12/06 – Haftungsverbund II (SZ 2007/45 = ZFR 2007, 165); vgl auch *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, § 1 E 40.

⁵¹⁴ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – Aufzugskartell (OZK 2008, 224 = ÖBl 2009, 132).

„Damit wird auch das strafrechtliche Schuldprinzip nicht verletzt, bleibt doch das zuwiderhandelnde Unternehmen alleiniger Adressat der Bußgeldentscheidung. Die verbundenen Unternehmen müssen gerade nicht für etwas einstehen, „womit sie nichts verbindet“, wie die DrittAG unzutreffend meint. Ob diese Grundsätze auch für den Ausnahmefall gelten, dass trotz Bestehens einer Verbindung gemäß § 41 KartG 1988 die Konzernleitung infolge besonderer Umstände nicht in der Lage gewesen wäre, geschäftliche Entscheidungen des zuwiderhandelnden Konzernunternehmens zu beeinflussen, kann dahingestellt bleiben; ein solcher Sachverhalt wurde nämlich nicht festgestellt.“⁵¹⁵

Diese Aussage ist insofern interessant, als der OGH nicht nur feststellt, dass das zuwiderhandelnde Unternehmen alleiniger Adressat der Bußgeldentscheidung ist und in keiner Weise andenk, das Mutterunternehmen für das Verhalten der Tochter verantwortlich zu machen. Er geht noch weiter und stellt zumindest die Frage in den Raum, ob sogar bei der Konzernzusammenrechnungsregel hinsichtlich der Höhe der Geldbuße keine Ausnahme möglich sei, falls die Mutter nicht in der Lage ist, „geschäftliche Entscheidungen des zuwiderhandelnden Konzernunternehmens zu beeinflussen“.⁵¹⁶

Aus dem Gesagten kann abgeleitet werden, dass das Prinzip der Verhaltenszurechnung, wie es unionsrechtlich herausgebildet wurde, nach österreichischem Recht nicht einschlägig ist. Dies steht auch mit folgender Aussage des OGH im Rahmen der *Aufzugskartell*-Entscheidung im Einklang:

„Der Senat hat erst jüngst ausgesprochen, dass das Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts (Art 23 VO 1/2003) mit jenem des nationalen Rechts nicht deckungsgleich ist, weshalb etwa die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen im Verfahren über eine vom Kartellgericht nach nationalem Recht zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden können, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar sind (16 Ok 4/07 = RIS-Justiz RS0122747). Es ist deshalb unbedenklich, dass sich das Kartellgericht zwar an der europäischen Entscheidungspraxis zum Geldbußenrecht orientiert hat, ohne dabei jedoch das eigenständige inländische Sanktionensystem zu missachten und eigene Überlegungen zu vernachlässigen.“⁵¹⁷

Zwar ging es sowohl in 16 Ok 5/08 als auch in 16 Ok 4/07 konkret um die Berechnung der Geldbuße im Rahmen eines Konzerns, diese Feststellungen lassen sich aber auch auf das Prinzip der Verhaltenszurechnung anwenden. So stünde einer

⁵¹⁵ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – Aufzugskartell (OZK 2008, 224 = ÖBf 2009, 132).

⁵¹⁶ Weiterführend zu dieser Frage: *Hoffer/Innerhofer*, Verhängung von Geldbußen gegen das "Aufzugskartell" wegen Wettbewerbsverstößen auf dem inländischen Markt, ÖBf 2009, 134.

⁵¹⁷ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – Aufzugskartell (OZK 2008, 224 = ÖBf 2009, 132).

unmittelbaren Ahndung der Muttergesellschaft – ohne dass sie an der Zuwiderhandlung selbst beteiligt war – in Österreich wohl das strafrechtliche Schuldprinzip entgegen. Im Falle einer Anwendung einer derartigen Verhaltenszurechnung in Österreich würde man das inländische Sanktionssystem missachten, weshalb ein diesbezügliches Abweichen der österreichischen Rsp weitgehend unbedenklich ist. Sohin erscheint die direkte Ahnung der Muttergesellschaft als Adressat der Geldbuße in Folge der Aussagen des OGH weitgehend ausgeschlossen.

C. Die Abgrenzung zwischen Art 101 und 102 AEUV im Verhältnis zum Konzernprivileg

Wie bereits mehrfach festgestellt, wurde in einigen unionsrechtlichen Entscheidungen darauf hingewiesen, dass Wettbeschränkungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit zwar nicht vom Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV erfasst werden können, das Verhalten jedoch sehr wohl als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in den Anwendungsbereich des Art 102 AEUV fallen kann, falls gewisse Marktanteilsschwellen erreicht werden.⁵¹⁸ Hierin liegt auch einer der Rechtfertigungsgründe des Konzernprivilegs, weil dadurch an sich wettbewerbsbeschränkende Handlungen innerhalb eines Konzerns nicht völlig straffrei gestellt werden. Missbräuchliches Verhalten, welches durch konzerninternes Verhalten „ausgelöst“ wird, ist insbesondere auf Grund einer „Kosten-Preis-Schere“ denkbar.

I. Die wirtschaftliche Einheit im Rahmen von Art 102 AEUV

Die im *Zoja/CSC-ICI*-Fall angeschnittene enge Verbundenheit zwischen den Problematiken des Konzernprivilegs im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, der Verhaltenszurechnung und Art 102 AEUV lässt sich auch gut am Beispiel der *Viho*-Entscheidung des EuGH⁵¹⁹ darstellen. Dort stand allerdings im Rahmen von Art 102 AEUV insbesondere die Behandlung der wirtschaftlichen Einheit als eine Partei Dritten gegenüber im Vordergrund.

a. Die Viho-Entscheidung des EuGH (II)

So befasste sich auch der EuGH im oben in A.IV.b. zum Konzernprivileg eingehend dargestellten *Viho*-Urteil insbesondere mit der Frage der Verhaltenszurechnung innerhalb eines Konzerns. Dazu verwies der EuGH zunächst auf die Ausführungen des EuG:

⁵¹⁸ Ähnlich auch *Sander*, OZK 2008, 25 f.

⁵¹⁹ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457.

„Die Kommission hat somit zu Recht entschieden, dass das 'Verhalten der Tochtergesellschaften ... deshalb der Muttergesellschaft zuzurechnen' ist und dass 'das integrierte Vertriebssystem, das den Absatz von Parker-Erzeugnissen in Spanien, Frankreich, Deutschland, Belgien und den Niederlanden über die dort ansässigen 100%igen Tochtergesellschaften sicherstellt, den Voraussetzungen entspricht, die der Gerichtshof für die Nichtanwendung des Artikels 85 [Art 101 AEUV nF] aufgestellt hat'.“⁵²⁰

Damit wurde, wie bereits unter Punkt B. erläutert, klargestellt, dass im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit, in der die Tochtergesellschaft keinerlei Autonomie besitzt (im gegenständlichen Fall hielt die Mutter 100% der Anteile an ihr), das Verhalten letzterer der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann. In weiterer Folge stellte der EuGH fest:

„Die Firma Parker und ihre Tochtergesellschaften bilden somit eine wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können, sondern die Anweisungen der sie kontrollierenden Muttergesellschaft befolgen (Urteile in den Rechtssachen ICI/Kommission, a. a. O., Randnrn. 133 und 134; vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 15/74, Sterling Drug, Slg. 1974, 1147, Randnr. 41; in der Rechtssache 16/74, Winthrop, Slg. 1974, 1183, Randnr. 32; vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 19, und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Sæed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, 803, Randnr. 35)“⁵²¹

Deshalb führt der Umstand, dass die Verweisungspolitik der Firma Parker, die hauptsächlich in einer Aufteilung verschiedener nationaler Märkte auf ihre Tochtergesellschaften besteht, Auswirkungen außerhalb des Bereichs des Parker-Konzerns haben kann, die die Wettbewerbsposition Dritter zu beeinträchtigen geeignet sind, nicht zur Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag [Art 101 Abs 1 AEUV nF], selbst wenn man ihn in Verbindung mit den Artikeln 2 und 3 Buchstaben c und g EG-Vertrag liest. Ein solches einseitiges Verhalten könnte jedoch unter Artikel 86 EG-Vertrag [Art 102 AEUV nF] fallen, wenn dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.“⁵²²

Das Gericht hat sich somit zu Recht nur auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit gestützt, um die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 [Art 101 Abs 1 AEUV nF] auf den Parker-Konzern auszuschließen.“⁵²³

Somit stellte das Höchstgericht klar, dass zwar ein an sich wettbewerbswidriges Verhalten innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit nicht unter das Verbot des Art 101 Abs 1

⁵²⁰ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5490 Rn 53.

⁵²¹ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5495 Rn 16.

⁵²² EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5496 Rn 17.

⁵²³ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5496 Rn 18.

AEUV, jedoch sehr wohl unter jenes des Art 102 Abs 1 AEUV auf Grund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung fallen kann. Gerade in jenen Situationen, in denen die Tochtergesellschaften „Anweisungen“⁵²⁴ der Mutter im konkreten Fall zu befolgen haben, das Vorhandensein eines Konzerns demnach völlig unstrittig ist, wird ein allfälliges wettbewerbswidriges Verhalten der Konzernmitglieder als einseitiger Verstoß Dritten gegenüber gesehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein solches Verhalten auf Weisungen innerhalb des Konzerns beruht.

b. Analyse

Mit der *Viho*-Entscheidung hat der EuGH also versucht, sowohl hinsichtlich des Konzernprivilegs innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit (s dazu oben unter Punkt A.IV.b.) als auch hinsichtlich der Verhaltenszurechnung die konzernbezogenen Problematiken zu erörtern. Er vermittelte insbesondere den Eindruck, dass das Gebilde der wirtschaftlichen Einheit in beiden Fällen ident zu definieren wäre.

Wichtig war in dieser Entscheidung auch der Hinweis des EuGH, dass das Konzernprivileg die Konzerngesellschaften nicht völlig straffrei stellt, weil immer die Möglichkeit besteht, dass ihr Verhalten insgesamt als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art 102 AEUV zu werten sein kann.

Es wird in Anschluss daran die Meinung vertreten, dass das Konzernprivileg grundsätzlich immer dann anzuwenden sei, „wenn Handlungen, Marktanteile oder Umsätze der Mutter zugerechnet werden können“.⁵²⁵ Diese Ansicht wird damit begründet, dass es wohl widersprüchlich wäre, wenn einerseits eine Absprache der Tochter mit einem Dritten auf Grund der wirtschaftlichen Einheit der Mutter zugerechnet werde, andererseits diese wirtschaftliche Einheit zwischen Mutter und Tochter hinsichtlich des Konzernprivilegs geleugnet werde. Dem ist im Grunde zuzustimmen, zumal sowohl das Konzernprivileg als auch die Verhaltenszurechnung auf die tatsächliche Beherrschung durch die Muttergesellschaft – also auf die wirtschaftliche Einheit – abstellen. Es ist naheliegend, bei der Prüfung der Verhaltenszurechnung dieselben Anforderungen an die Beherrschung der Tochter durch die Mutter zu stellen. Daher stellt jeder Fall, in dem das Verhalten der Tochtergesellschaft der Mutter zugerechnet wird, ein vom Konzernprivileg umfasstes Verhältnis zwischen den beiden dar.

⁵²⁴ EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457, 5495 Rn 16.

⁵²⁵ *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht⁴ I, Art. 85 I. Kap. C Rn 195.

Darüber hinaus geht die Prüfung der Verhaltenszurechnung nicht immer mit der Frage der Anwendbarkeit des Kartellverbotes einher, es kann sich – wie eben dargestellt – auch um einen Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung handeln.⁵²⁶ Aber auch bei Verstößen gegen das Marktmissbrauchsverbot⁵²⁷ (vgl. oben unter Punkt B.I.b.) und sogar im Rahmen von zusammenschlussrechtlichen Vergehen soll der unter B. dargestellte Grundsatz der Verhaltenszurechnung anwendbar sein.⁵²⁸ Dieser Ansatz ist mE richtig, denn es gäbe weder einen dogmatisch noch teleologisch überzeugenden Grund, nur in den Fällen eines Verstoßes gegen Art 101 AEUV die Muttergesellschaft zu ahnden.

II. Die Thematik der Kosten-Preis-Schere („margin squeeze“)

Zur Frage der Abgrenzung zwischen Art 101 und Art 102 AEUV im Rahmen des Konzernprivilegs ist insbesondere die Thematik des Marktmissbrauchs im Rahmen der sog. „Kosten-Preis-Schere“ (auch „margin squeeze“ oder „price squeezing“) interessant: Hierbei geht es um Fälle, in denen die Marge zwischen dem Vorleistungspreis, welcher dem Wettbewerber angeboten wird, und dem Endkundenpreis zu niedrig gehalten wird (grundsätzlich kann dies sowohl am Vorleistungsmarkt als auch am Produkt- oder Dienstleistungsmarkt praktiziert werden). In der Lit⁵²⁹ werden als rechtliche Grundlage für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen einer Kosten-Preis-Schere zwei bis drei mögliche Tatbestände angeführt: Denkbar ist (i) die Verwendung von Kampfpreisen auf dem nachgelagerten Markt (der marktbeherrschende Anbieter bietet auf dem nachgelagerten bzw. Endproduktmarkt seine Produkte unter den eigenen Kosten an)⁵³⁰, (ii) die Verwendung überhöhter Preise des Vorprodukts (der Marktbeherrscher verkauft seinen Wettbewerbern die Produkte um einen zu teureren Preis, häufig in Verbindung mit (i))⁵³¹ sowie (iii) die – in diesem Fall fragliche – Verwendung einer diskriminierenden Preispolitik durch den Marktbeherrscher⁵³² (vgl. dazu unten die Analyse unter Punkt C.II.b.).

Es besteht auf Grund der Kosten-Preis-Schere die Gefahr, dass auch ein effizienter Wettbewerber auf Grund der Preisgestaltung nicht mithalten kann und vom Endkundenmarkt verdrängt werden könnte. Eine solche Preispolitik kann insbesondere dadurch nachgewiesen werden, dass die nachgeordneten Sparten des beherrschenden Unternehmens selbst dann

⁵²⁶ So auch Schröder, WuW 1988, 281.

⁵²⁷ Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, AB1 1972 L 299, 51-58, II.A.

⁵²⁸ So zB EuGH 21.2.1973, *Europemballage Corporation und Continental Can/Kommission*, Rs 6-72, Slg 1973, 215.

⁵²⁹ Vgl. dazu zB Bergmann, Maßstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, WuW 2001, 234; ähnlich auch Junghans, Preis-Kosten-Scheren in der Telekommunikation, WuW 2002, 567.

⁵³⁰ Vgl. Bergmann, WuW 2001, 234 ff.; Gruber, Österreichisches Kartellrecht, § 5 E 229 ff.; Junghans, WuW 2002, 567 f.; Vartian in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz 2005 § 5 Rn 60 ff.

⁵³¹ Vgl. Bergmann, WuW 2001, 238 ff.; Junghans, WuW 2002, 568.

⁵³² Vgl. Bergmann, WuW 2001, 242 f.

nicht wirtschaftlich arbeiten können, wenn der den Wettbewerbern für die Nutzung der vorgelagerten Einrichtung berechnete Preis zugrunde gelegt würde.⁵³³ Da es sich bei der Kosten-Preis-Schere um eine höchst komplexe Thematik handelt, welche eine eigene Arbeit wert wäre, wird im Folgenden überblicksweise die wichtigste Jud dargestellt. Die diesbezügliche Analyse beschränkt sich auf die Thematik der Kosten-Preis-Schere im Verhältnis zum Konzernprivileg.

Zum Thema des „margin squeeze“ erscheinen folgende Fälle besonders erwähnenswert: die Entscheidung des EuG *Deutsche Telekom AG/Kommission*⁵³⁴, die Entscheidung des EuG *France Télécom SA/Kommission*⁵³⁵, die Entscheidung der Kommission *Wanadoo España/Telefónica*⁵³⁶ sowie die *Wintertarif*- und die *KombiP2007*-Entscheidungen des OGH.⁵³⁷ In beiden OGH-Entscheidungen äußerte sich das Höchstgericht eher auf allgemeine Art und Weise zur Thematik des marktmissbräuchlichen Verhaltens. In der *KombiP2007*-Entscheidung wurde grundlegend auf die einschlägige unionsrechtliche Rsp verwiesen, ohne die Frage der Kosten-Preis-Schere im Detail zu behandeln bzw endgültig zu klären:

„Im Übrigen hänge die Frage, ob ein konkretes Verhalten eine Preis-Kosten-Schere und damit allenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen könne, vor allem von einzelfallbezogenen Tatsachenfragen ab. Eine im öffentlichen Interesse liegende Klärung von Rechtsfragen allgemeiner Bedeutung sei daher von einer inhaltlichen Entscheidung über das Feststellungsbegehren nicht zu erwarten.“⁵³⁸

Letzten Endes verwies der OGH die Sache an das KG zurück, welches der Telekom Austria TA AG wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Geldbuße von € 1.500.000 auferlegte.⁵³⁹ Es ist allgemein darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung der Missbrauchstatbestände nach KartG auch Art 102 AEUV und die dazu ergangene Jud heranzuziehen sind.⁵⁴⁰

⁵³³ Vgl zB *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht², 131.

⁵³⁴ EuG 10.4.2008, *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Rs T-271/03, Slg 2008, II-477 ; zur erstinstanzlichen Entscheidung, s Kommission 21.5.2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, ABI 2003 L 263, 9-41.

⁵³⁵ EuG 31.1.2007, *France Télécom SA/Kommission*, Rs T-340/03, Slg 2007, II-107.

⁵³⁶ Kommission 4.7.2007, *Wanadoo España/Telefónica*, COMP/38.784, ABI 2008 C 83, 6-9.

⁵³⁷ OGH als KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02 – Wintertarif (ÖBl 2003, 247); OGH als KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08 – KombiP2007 (OZK 2009, 156 = RdW 2009, 409).

⁵³⁸ OGH als KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08 – KombiP2007 (OZK 2009, 156 = RdW 2009, 409).

⁵³⁹ OLG als KG 19.3.2009, 29 Kt 4/09 (nichtöffentliche Entscheidung); vgl dazu Pressemitteilung der BWB vom 24.3.2009, „Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Telekom Austria TA AG“, www.bwb.gv.at.

⁵⁴⁰ Vgl zB OGH als KOG 15.05.2000, 16 Ok 4/00 – Oscar Bronner (ÖBl 2001, 41).

a. *Die unionsrechtliche Rsp zur Kosten-Preis-Schere*

Die unionsrechtliche Entscheidung, welche die Thematik der Kosten-Preis-Schere am Ausführlichsten behandelt, ist die EuG-Entscheidung *Deutsche Telekom AG/Kommission*.⁵⁴¹ In dieser Entscheidung wurde in Rn 38 die Kosten-Preis-Schere zunächst folgendermaßen definiert:

„In verbundenen Märkten, in denen die Wettbewerber Vorleistungen des etablierten Betreibers beziehen und hierauf angewiesen sind, um auf einem nachgelagerten Produkt- oder Dienstleistungsmarkt den Wettbewerb aufnehmen zu können, kann durchaus eine Kosten-Preis-Schere zwischen den regulierten Vorleistungs- und Endkundenpreisen vorliegen. Denn für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere kommt es zunächst nur darauf an, dass zwischen beiden Entgeltebenen ein Missverhältnis besteht, welches zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Darüber hinaus ist zwar auch darzulegen, dass das preisregulierte Unternehmen einen unternehmerischen Freiraum hat, die Kosten-Preis-Schere aus eigener Initiative zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Wenn dieses — wie im vorliegenden Fall — gegeben ist (s. Rn. 163 ff.), wird die Frage, welche Entgelte das betroffene Unternehmen ohne staatliches Zutun ändern kann, jedoch lediglich noch für die Auswahl der Mittel zur Beseitigung der Kosten-Preis-Schere erheblich.“

Ohne genauer auf die Höhe der Vorleistungspreise bzw Endkundenpreise eingehen zu wollen oder deren rechtliche Beseitigungsmöglichkeit zu erwähnen (so wie es die Antragsgegnerinnen im erstinstanzlichen Verfahren vor der Kommission dargestellt hatten), hat sich das EuG hier für eine sehr weite Definition der Kosten-Preis-Schere entschieden.⁵⁴² So soll als Kosten-Preis-Schere (i) jegliches Missverhältnis zwischen den Entgeltebenen ausreichen, welches (ii) zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Zu (ii) wird der allgemeine Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen, welcher im Falle der Kosten-Preis-Schere dann erfüllt werde, *„wenn ein beherrschendes Unternehmen seine Preispolitik dazu verwendet, seine Mitbewerber zu verdrängen, um auf diese Weise seine eigene Stellung zu stärken“* (Rn 179 der erstinstanzlichen Entscheidung). Um dies weiter auszuführen hatte die Kommission in ihrer erstinstanzlichen Entscheidung drei Beispiele angeführt:

„Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Marktbeherrscher sowohl Lieferant eines Vorprodukts als auch Anbieter des daraus gefertigten Endprodukts ist, seine Preise unter den variablen Stückkosten oder unter den Gesamtkosten dieses Produkts liegen

⁵⁴¹ EuG 10.4.2008, *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Rs T-271/03, Slg 2008, II-477; zur erstinstanzlichen Entscheidung, s Kommission 21.5.2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, ABl 2003 L 263, 9-41.

⁵⁴² Zur komplexen Problematik der Berechnung des Kostendeckungsgrads, vgl EuG 31.1.2007, *France Télécom SA/Kommission*, Rs T-340/03, Slg 2007, II-107 Rn 123 ff.

und sie im Rahmen eines Plans festgesetzt werden, der die Ausschaltung eines Wettbewerbers zum Ziel hat (167). Ein Missbrauch ist ferner dann in rechtlich hinreichender Weise dargetan, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen dauerhaft und planmäßig Verlustverkäufe hinnimmt, die aufgrund ihres Umfangs und ihrer Natur den wirtschaftlichen Hintergrund haben, andere Wettbewerber von einem gemeinsamen Markt zu verdrängen, oder wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einseitig Treuerabatte gewährt, um sicherzustellen, dass der Kunde seinen Bedarf ausschließlich bei ihm deckt (168). Nach Auffassung der Kommission liegt eine missbräuchliche Preispolitik schließlich auch dann vor, wenn ein Unternehmen, das sowohl auf dem Markt für ein Vorprodukt als auch dem Markt für ein hieraus abgeleitetes Produkt marktbeherrschend ist, eine Gewinnspanne zwischen dem Preis für das Vorprodukt, den es von Unternehmen, die mit ihm bei der Herstellung des abgeleiteten Produktes im Wettbewerb stehen und dem Preis, den es für das abgeleitete Produkt verlangt, aufrechterhält, die nicht ausreicht, um die eigenen Kosten für das abgeleitete Produkt zu decken und zu dem Ergebnis führt, dass der Wettbewerb um dieses Produkt eingeschränkt wird (169).⁵⁴³

Die Frage des Vorliegens von Verdrängungspreisen wurde insbesondere in der EuG-Entscheidung *France Télécom SA/Kommission*⁵⁴⁴ angeschnitten:

„WIN [Anm d Verf: das beherrschende Unternehmen im konkreten Fall] kann sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens nicht auf ein generelles Recht berufen, sich den Preisen ihrer Mitbewerber anzupassen. Passt sich das beherrschende Unternehmen den Preisen der Mitbewerber an, so ist dies zwar für sich genommen nicht missbräuchlich oder zu beanstanden; etwas anderes kann aber gelten, wenn es nicht nur zum Schutz seiner Interessen tätig wird, sondern diese beherrschende Stellung stärken und missbrauchen will.“⁵⁴⁵

Auch in der Kommissionsentscheidung *Wanadoo España/Telefónica*⁵⁴⁶ wurde festgestellt, dass Telefónica ihre beherrschende Stellung am Markt für Breitbandzugangprodukte auf der Vorleistungsebene dadurch missbrauchte, dass sie für die Wettbewerber erhöhte und zu Verlusten führende Preise verlangte, wenn die Wettbewerber mit den Endkundenpreisen des Marktbeherrschers mithalten wollten. Ebenso effiziente Wettbewerber wie Telefónica wären dazu gedrängt worden, entweder aus dem Markt auszusteigen oder Verluste hinnehmen zu müssen. Diese Kosten-Preis-Schere

⁵⁴³ Kommission 21.5.2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, ABI 2003 L 263, 9-41 Rn 179.

⁵⁴⁴ EuG 31.1.2007, *France Télécom SA/Kommission*, Rs T-340/03, Slg 2007, II-107.

⁵⁴⁵ EuG 31.1.2007, *France Télécom SA/Kommission*, Rs T-340/03, Slg 2007, II-107 Rn 187.

⁵⁴⁶ Kommission 4.7.2007, *Wanadoo España/Telefónica*, COMP/38.784, ABI 2008 C 83, 6-9.

schade nicht nur den Wettbewerbern, sondern wirke sich auch den Verbrauchern gegenüber negativ aus.⁵⁴⁷

b. Analyse

In den genannten Fällen stellte sich insbesondere heraus, dass es sich bei der Kosten-Preis-Schere um eine Kombination zwischen unangemessen hohen Preisen und besonders niedrigen Verdrängungspreisen (Kampfpreisen) handelt.⁵⁴⁸ Dabei geht es um eine gezielte Preispolitik des beherrschenden Unternehmens, welche auf nur Grund komplexer Berechnungsmethoden nachgewiesen und geahndet werden kann.

Im Rahmen der gegenständlichen Arbeit stellt sich aber vor allem die Frage, wie sich diese Preisfestsetzung innerhalb eines Konzerns hinsichtlich des Konzernprivilegs verhält. Denn oftmals werden der Lieferant des Vorprodukts und der Anbieter des Endprodukts zwar rechtlich selbständige Gebilde sein, allerdings hätten sie auf Grund der oben dargestellten Ausführungen als Mitglieder einer wirtschaftlichen Einheit zu gelten. Dabei wäre der konzernzugehörige Anbieter einerseits „privilegiert“ beliefert und seine Verluste durch Kampfpreise wären andererseits „nach oben“ gedeckt.

Auch in diesem Zusammenhang erscheint die Preisfestsetzung im Rahmen des Art 101 AEUV als konzerninterner Akt mE weitgehend unbedenklich, denn es macht keinen Unterschied, ob es sich rechtlich um das gleiche Zurechnungssubjekt handelt oder ob der Lieferant eine einheitliche Leitung auf den Anbieter des Endprodukts (bzw auch umgekehrt) ausübt. Da, wie bereits dargestellt, zwischen Unternehmen einer wirtschaftlichen Einheit kein Wettbewerb besteht, kann auch im Rahmen derartiger Absprachen der Tatbestand des Art 101 AEUV nicht erfüllt werden. Vielmehr ist im Einklang mit den in diesem Kapitel gezogenen Schlüssen der gesamte Konzern als Einheit zu verstehen, welche durch ihre (konzerninterne) Preisgestaltung höchstens iSd Art 102 AEUV missbräuchlich agiert. Denn auch im Rahmen von Art 102 AEUV muss der Begriff des Unternehmens so weit verstanden werden, dass sowohl einzelne rechtlich selbständige Gesellschaften als auch ganze Konzerne als ein Subjekt erfasst werden.⁵⁴⁹ Somit besteht kein Unterschied, ob sich eine einzelne Gesellschaft zur missbräuchlichen Handlung entschließt oder ob letztere von der abgesprochenen Preisgestaltung zwischen mehreren Konzerngesellschaften herrührt (vgl zB dazu die oben dargestellte *Viho*-Entscheidung).

⁵⁴⁷ Vgl auch *Hartung*, Geldbuße für Telefonica wegen Kosten-Preis-Schere im spanischen Breitbandmarkt, MR-Int 2007, 98.

⁵⁴⁸ So auch *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht?, 131.

⁵⁴⁹ Vgl insbesondere Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABI 1972 L 299, 51-58, II.A.

Letztlich kann es nur darauf ankommen, ob die Unternehmen, welche an der Kosten-Preis-Schere beteiligt sind, eine wirtschaftliche Einheit bilden oder nicht. Falls sie bloß im Rahmen eines lockeren Unternehmensverbundes handeln, kann es sich durchaus um Absprachen bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen handeln, welche dem Kartellverbot des Art 101 AEUV unterliegen würden. In diesem Rahmen könnte auch eine Preisdiskriminierung nach Art 102 AEUV vorliegen, wenn gewisse Unternehmen sachlich ungerechtfertigt günstiger beliefert würden.

Falls allerdings eine solche Kosten-Preis-Schere auf Grund von Absprachen innerhalb eines Konzerns entsteht, kann sie immer nur den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach außen hin erfüllen und nicht jenen des Art 101 AEUV. Fraglich ist daher ebenfalls der eingangs erwähnte Ansatz des Diskriminierungsverbots als Grundlage für die Kosten-Preis-Schere im Rahmen des Konzerns. Bereits *Bergmann* stellte sich die Frage, ob sich die Kosten-Preis-Schere darauf zurückführen lassen könnte, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorprodukt selbst zu günstigeren Bedingungen nutzt als es seinen Wettbewerbern angeboten wird und ob es ein Gebot gäbe, externe Unternehmen nicht schlechter zu behandeln als sich selbst oder konzernangehörige Unternehmen.⁵⁵⁰ Diesem Ansatz ist höchstens im Rahmen der sog. „essential facilities doctrine“⁵⁵¹ beizupflichten, wie dies zB die Kommission im Fall *Sealink* festgestellt hat:

„Ein Unternehmen, das für die Gestellung einer wesentlichen Einrichtung (d. h. einer Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten kann) marktbeherrschend ist und diese Einrichtung selbst nutzt und anderen Unternehmen den Zugang zu dieser Einrichtung ohne sachliche Rechtfertigung verweigert oder nur unter Bedingungen, die ungünstiger sind als für seine eigenen Dienste, gewährt, verstößt gegen Artikel 86 [nun Art 102 AEUV], sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Artikels erfüllt sind [...] Ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung darf auf einem verbundenen Markt nicht zugunsten der eigenen Tätigkeiten diskriminierende Handlungen vornehmen. Der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung, der seine Macht auf dem Markt dazu nutzt, seine Stellung auf einem anderen, zu diesem in Bezug stehenden Markt zu stärken, indem er insbesondere einem Wettbewerber den Zugang verweigert oder den Zugang unter weniger günstigen Bedingungen als für die eigenen Dienste gewährt und damit seinem

⁵⁵⁰ *Bergmann*, WuW 2001, 242 f.

⁵⁵¹ Dabei geht es um den Sonderfall der wesentlichen Einrichtungen, in deren Ermangelung der betroffene Markt den Wettbewerbern wirtschaftlich unmöglich oder sehr schwer zugänglich wäre. Vgl. dazu zB *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht², 138 f. mwN; zur unionsrechtlichen Rsp vgl. zB *Bulst* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ II, Art 82 EG Rn 308 ff. mwN.

*Wettbewerber einen Wettbewerbsnachteil aufzwingt, verstösst gegen Artikel 86 [nun Art 102 AEUV].*⁵⁵²

Bis auf derartige Ausnahmefälle, in denen die Wettbewerber auf eine wesentliche Einrichtung angewiesen sind, erscheint ein Gleichstellungsgebot im Verhältnis zum eigenen Unternehmen bzw Konzern einerseits und den Wettbewerbern andererseits überschießend. Im österreichischen Recht wäre darüber hinaus der Tatbestand der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb gemäß § 5 Abs 1 Z 3 KartG nicht erfüllt, da sich Konzernunternehmen nicht im Wettbewerb zueinander befinden und sie in diesem Sinne auch keine „Handelspartner“ auf dem Markt darstellen.⁵⁵³ Wie es schlussendlich auch *Bergmann* einräumt, lassen sich die Fälle der Kosten-Preis-Schere nach außen hin hinlänglich mit den oben in (i) und (ii) genannten zu niedrigen bzw zu hohen Preisen im Rahmen des Art 102 AEUV lösen.⁵⁵⁴ Die Anwendung des Diskriminierungsverbots im Falle interner Konzernprivilegierungen erscheint weder geboten noch gesetzlich gedeckt.

Worauf es im Rahmen des Art 102 AEUV ankommt, sind daher nicht die internen Vorgänge innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit, sondern die nach außen hin gesetzten Handlungen wie zB jene im Rahmen der Verwendung überhöhter oder zu niedriger Preise. Dies entspricht auch den allgemeinen Feststellungen der EU-Jud hinsichtlich der wirtschaftlichen Einheit.

D. Das Konzernprivileg im Rahmen von § 1 KartG

Bis dahin wurde die Rechtslage hinsichtlich des Konzernprivilegs weitgehend nach europarechtlichen Grundsätzen erläutert. Im österreichischen KartG ist das Konzernprivileg ebenso wenig gesetzlich geregelt. Von der Lehre werden großteils die Grundsätze des Konzernprivilegs nach Art 101 AEUV auch im Rahmen des § 1 KartG angewendet.⁵⁵⁵ Die folgend dargestellte Jud des OGH zu diesem Thema änderte im Laufe der Zeit, ähnlich wie die unionsrechtliche Rsp, die Begründungsansätze des Konzernprivilegs und befasste sich zuletzt mit dem Verhältnis zwischen Konzernprivileg und Zusammenschlussrecht.

⁵⁵² Kommission 21.12.1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, IV/34.689, ABl 1994 L 015, 8-19 Rn 66.

⁵⁵³ Zu diesem Tatbestand vgl zB *Vartian* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 5 Rn 45.

⁵⁵⁴ *Bergmann*, WuW 2001, 242.

⁵⁵⁵ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 1 Rn 7; *Sander*, OZK 2008, 24; *Schima* in FS Doralt, 577 ff; im Ergebnis auch *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³, 97 mwN.

I. Die ältere Entscheidungspraxis

Auch der OGH stellte zunächst fest, dass Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Konzerns unter bestimmten Voraussetzungen nicht unter § 1 KartG zu subsumieren seien. So hielt der OGH bereits in einer 1963 ergangenen Entscheidung Folgendes fest:

„Gemäß § 1 (1) KartellG. sind unter Kartellen Zusammenschlüsse von wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmern oder Unternehmerverbänden zu verstehen, die durch vertragliche Bindung eine Regelung oder Beschränkung des Wettbewerbes, insbesondere in Ansehung der Erzeugung, des Absatzes oder des Preises bewirken sollen. [...] Durch die Betonung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Kartellanten wollte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf verschiedene Arten von Trusts, auf Monopole und Konzernunternehmungen ausschließen; bleiben die Teilnehmer aber wirtschaftlich und rechtlich selbständig und sind sie nur nach bestimmten Richtungen durch Vertrag gebunden, so liegen Kartellgemeinschaften vor.“⁵⁵⁶

In einer weiteren Entscheidung unterstrich der OGH diese Ansicht:

„Die Beklagte steht - wovon beide Parteien ausgehen (Kl. S. 7 f; Bekl. S. 35) - auf Grund der Beteiligungsverhältnisse unter dem beherrschenden Einfluß ihrer Muttergesellschaft; beide zusammen gelten demnach als Konzern (§ 115 Abs 2 GmbHG). Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Konzerns unterliegen aber nicht dem Kartellgesetz (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht², Bd. 1, Österr. u. Europäisches Kartellrecht 105). Wo einheitliche Leitung gesellschaftsrechtlich möglich und zulässig ist, kann die Konzernspitze das Marktverhalten der Konzernunternehmen bestimmen, ohne diese vertraglich zu binden. Es wäre daher sinnlos, an den Einsatz von Verträgen kartellrechtliche Konsequenzen zu knüpfen (Koppensteiner aaO).“⁵⁵⁷

In beiden genannten Entscheidungen steht die Betonung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der betreffenden Unternehmen als Tatbestandsmerkmal im Vordergrund. *Petsche/Tautscher* führen die Ausführungen der älteren Entscheidungspraxis auf den funktionalen Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts zurück.⁵⁵⁸ Dies ist angesichts der strikt wörtlichen Interpretation des Konzernprivilegs in den vorigen Auflagen des Kartellgesetzes zutreffend.

Die Definition des „Konzerns“ wird in 4 Ob 2/93 etwas vereinfacht dargestellt und unterscheidet nicht klar zwischen beherrschendem Einfluss und einheitlicher Leitung. Der OGH scheint sich jedoch ob des ausdrücklichen Verweises auf das Gesellschaftsrecht auf

⁵⁵⁶ OGH 16.10.1963, 7 Ob 204/63 (SZ 36/131 = ÖBI 1964, 55).

⁵⁵⁷ OGH 15.12.1992, 4 Ob 2/93 (wbl 1993, 264).

⁵⁵⁸ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 1 Rn 7.

die bloße „Möglichkeit“ der einheitlichen Leitung festzulegen (arg. „möglich und zulässig ist“) und lässt dem Wortlaut der Entscheidung nach zunächst die potentielle Konzernierung zur Erfüllung des Konzernprivilegs genügen. Mit diesen Entscheidungen hat der OGH den ersten Schritt zur Herausbildung des Konzernprivilegs im österreichischen Recht gesetzt, die genauen Voraussetzungen zur Anwendbarkeit des Konzernprivilegs wurden jedoch nicht restlos geklärt.

Zwar formuliert das aktuelle KartG im Gegensatz zu seinen Voraufgaben nicht mehr die „wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmer“ als ausdrückliche Tatbestandsvoraussetzung der Kartellbildung, es besteht jedoch nach wie vor kein Grund, vom Konstrukt des Konzernprivilegs im Rahmen des § 1 KartG abzugehen. Diese Grundsätze wurden auch insbesondere in der kürzlich ergangenen *Haftungsverbund IV*-Entscheidung des OGH bestätigt und weiterführend behandelt (vgl dazu unten, Punkt D.III.).⁵⁵⁹

II. Die Konzernpreise-Entscheidung des OGH

Bereits im Jahr 2000 stellte der OGH in seiner *Konzernpreise*-Entscheidung⁵⁶⁰, welche insbesondere Lauterkeitsrechtsfragen behandelte, Folgendes fest:

„§ 115 Abs 1 GmbHG definiert den Konzern als die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung. Lehre und Rechtsprechung fassen den Konzern folgerichtig fast allgemein als wirtschaftliche Einheit auf (Koppensteiner, GmbHG2 § 115 Rz 15 mwN). Dieser Vorstellung ist auch im Wettbewerbsrecht zu folgen. So ist etwa anerkannt, dass (nationales und europäisches) Kartellrecht dann nicht eingreift, wenn wirtschaftlich unselbständige konzernverbundene Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren (kartellrechtliche Irrelevanz konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen; [...]). Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob die betroffenen Unternehmen ihr Vorgehen auf dem Markt autonom bestimmen können (Koppensteiner § 17 Rz 30 mit Nachweisen in FN 149). Auch im Lauterkeitsrecht muss Gleiches gelten, weil Wettbewerb ganz allgemein zwischen solchen Beteiligten ausgeschlossen ist, die wirtschaftlich unselbständig sind.“

In dieser Entscheidung verweist der OGH einerseits auf den Konzernbegriff des Gesellschaftsrechts gemäß § 115 Abs 1 GmbHG und andererseits auch (teilweise) auf den Begriff der wirtschaftlichen Einheit des europäischen Kartellrechts. Bemerkenswert ist dabei,

⁵⁵⁹ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22).

⁵⁶⁰ OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141); vgl auch Gruber, Österreichisches Kartellrecht, § 1 E 34.

dass sich das Höchstgericht ausdrücklich für die Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs im Wettbewerbsrecht ausspricht und ihn gleichzeitig mit dem oben definierten Begriff der wirtschaftlichen Einheit im unionsrechtlichen Konzernprivileg gleichsetzt (wobei es – wie EU-weit inzwischen allgemein anerkannt – auf die fehlende Autonomie des betroffenen Unternehmens hinsichtlich seines Marktverhaltens ankommt).

Weiters befasste sich der OGH mit dem Begriff der „Abhängigkeit“ und definierte sie als „*Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens seitens der Leitung eines anderen Unternehmens*“.⁵⁶¹ Auch diese Definition deckt sich mit dem Gesellschaftsrecht, nämlich mit dem jeweils zweiten Abs von § 15 AktG und § 115 GmbHG (dem sog. beherrschenden Einfluss, vgl dazu 1. Kapitel unter Punkt V.). Darüber hinaus stellte das Höchstgericht fest, dass jemand, der diese Abhängigkeit trotz allfälliger Verflechtungen widerlegen möchte, die Beweislast dafür trägt. Dies entspricht ebenfalls den im 1. Kapitel unter Punkt B. dargestellten Vermutungen des dAktG, welche auch im österreichischen Gesellschaftsrecht nach hL Anwendung finden.

Schlussendlich gelang es dem OGH in dieser Entscheidung, in wenigen Worten bzw Ausführungen die Konzerndefinitionen samt den Vermutungen des Gesellschaftsrechts auf das Konzernprivileg im Wettbewerbsrecht zu übertragen und sie auf der anderen Seite mit der unionsrechtlichen Jud zu harmonisieren. Dadurch setzte er einen weiteren Schritt zur Definition des Konzernbegriffs im Wettbewerbsrecht.

III. Die Haftungsverbund IV-Entscheidung des OGH

In der soweit ersichtlich letzten Entscheidung des OGH zum Thema des Konzernprivilegs konkretisierte das Höchstgericht die Voraussetzungen des Konzernprivilegs im Rahmen von § 1 KartG. Dabei ging es um die Untersagung eines Haftungsverbundes, welcher zwischen mehreren Banken in Österreich geschlossen wurde. In einer Zwischenentscheidung⁵⁶² wurde das Zuwiderhandeln der Banken festgestellt. Im Rahmen des Rekursverfahrens⁵⁶³ gegen eine darauf folgende Entscheidung ging es insbesondere um die Abstellung des Zuwiderhandelns nach § 26 KartG bzw die Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen gemäß § 27 KartG. Unabhängig von der Zurückverweisung an das Erstgericht wurde in dieser Entscheidung insbesondere zum Thema des Konzernprivilegs im

⁵⁶¹ OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141); vgl auch *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, § 1 E 35.

⁵⁶² Vgl dazu OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 12/06 – Haftungsverbund II (SZ 2007/45 = ZFR 2007, 165).

⁵⁶³ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22).

österreichischen Recht und dessen Verhältnis zum Zusammenschlussrecht Stellung genommen.⁵⁶⁴ Zunächst stellte der OGH Folgendes fest:

„Führt die Fusion zum Fortfall unabhängiger Entscheidungsträger, so macht sie das Kartellverbot gegenstandslos; ist nämlich die Kartellaufsicht Verhaltenskontrolle, so stößt sie ins Leere, wenn konkurrierende Entscheidungsträger nicht mehr vorhanden sind [...] Anderes gilt hingegen bei solchen Unternehmensverbindungen, die zwar den kartellrechtlichen Zusammenschlussbegriff erfüllen, aber aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nur als fusionsähnlich bezeichnet werden können, und bei denen ein Integrationsgrad der beteiligten Unternehmen erreicht wird, der es nicht rechtfertigt, von einem Wegfall von Wettbewerbern, sondern bloß von einem konsolidierten Kartell zu sprechen [...]“

Laut der Ausführungen des OGH soll nicht jede Form von Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und auch nicht jede Form von Zusammenschluss nach § 7 KartG automatisch die Anwendbarkeit des Kartellverbots ausschließen. Dies sei nur der Fall, wenn eine „Vollfusion“ vorliege. Unter dieser „Vollfusion“, welche auf dem ersten Blick etwas missverständlich eine Verschmelzung von Unternehmen vermuten lässt, versteht der OGH einen Zusammenschluss, in Folge dessen kein Wettbewerb mehr zwischen den betreffenden Unternehmen besteht.

In dieser Entscheidung liegt also die Begründung des Konzernprivilegs schwerpunktmäßig beim fehlenden Wettbewerb zwischen den Unternehmen und nicht, wie im Rahmen der älteren Rsp dargestellt, beim Unternehmensbegriff selbst. Dies ist insofern interessant, als derselbe „Trend“ ebenfalls bei der unionsrechtlichen Rsp zu bemerken war (vgl oben unter Punkt A.). Das Nichtvorhandensein des Wettbewerbs zwischen Konzernunternehmen ist, wie bereits oben dargelegt, auch der mE richtigere dogmatische Ansatzpunkt für die Begründung des Konzernprivilegs. Die diesbezügliche Klarstellung des OGH ist daher begrüßenswert.

Das Höchstgericht ging in weiterer Folge näher auf jene Konstellationen ein, in deren Rahmen das Konzernprivileg nicht anwendbar sein soll:

„Anderes gilt hingegen bei solchen Unternehmensverbindungen, die zwar den kartellrechtlichen Zusammenschlussbegriff erfüllen, aber aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nur als fusionsähnlich bezeichnet werden können, und bei denen ein Integrationsgrad der beteiligten Unternehmen erreicht wird, der es nicht rechtfertigt, von einem Wegfall von Wettbewerbern, sondern bloß von einem konsolidierten Kartell zu sprechen (K. Schmidt aaO 572 f).“

⁵⁶⁴ Vgl dazu auch *Knauder*, ZFR 2009, 66.

Eine solche „fusionsähnliche“ Verbindung sei zB im Falle eines Gemeinschaftsunternehmens gegeben, bei welchem mangels Vorrang der Fusionskontrollvorschriften vor dem Kartellverbot auch kartellrechtliche Aspekte nach Art 101 AEUV bzw § 1 KartG zu prüfen seien. Mit weiteren Verweisen auf die unionsrechtliche und deutsche Lit bzw Rsp zu diesem Thema begründet dies der OGH damit, dass *„bei gegenteiliger Auffassung jeder sachliche Kartelltatbestand in die äußere Form eines Zusammenschlusses gebracht werden könnte, ohne dass der Ausschluss des materiellen Kartellverbots allein wegen der Verwirklichung des formellen Zusammenschlussbegriffs gerechtfertigt wäre; die Unternehmen könnten dann an Stelle einer verbotenen Koordination ihres Marktverhaltens leicht eine möglicherweise zulässige Fusion herbeiführen“*.

Es sei unionsrechtliche Rsp, dass konzerninterne Absprachen dann ausnahmsweise nicht am Kartellverbot zu messen wären, *„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“*. Zur weiteren Definition der wirtschaftlichen Einheit verwies der OGH ohne näher einzugehen auf die EuGH-Rsp (*„Sollten daher AG derzeit oder künftig auf eine solche - in der Rechtsprechung des EuGH näher konkretisierte - Weise miteinander verbunden sein, die den Tatbestand für die Anwendbarkeit des „Konzernprivilegs“ erfüllt, wäre Art 81 Abs 1 EGV [Art 101 Abs 1 AEUV nF] auf sie nicht anwendbar.“*).

Dieser Verweis hinsichtlich der Definition der „wirtschaftlichen Einheit“ lässt wiederum vermuten, dass sich der OGH in der gegenständlichen Entscheidung nicht weitergehende Gedanken über die genauen Voraussetzungen machen wollte. Insbesondere geht hierbei nicht klar heraus, ob die bloße Beherrschungsmöglichkeit oder die tatsächliche Ausübung von Einflussmöglichkeiten für die Bejahung des Konzernprivilegs notwendig sein soll. Aus der Verneinung des Konzernprivilegs für den Fall eines Gemeinschaftsunternehmens lässt sich jedoch leiten, dass eine bloße Beherrschungsmöglichkeit, wie sie diesfalls existiert, regelmäßig nicht ausreicht.

IV. Analyse des Konzernprivilegs nach § 1 KartG

In der *Haftungsverbund IV*-Entscheidung des OGH⁵⁶⁵ wurden gleich drei thematisch verknüpfte Fragen behandelt. Neben der grundsätzlichen Frage des Verhältnisses zwischen Kartellrecht ieS und Zusammenschlussrecht (vgl dazu oben unter Punkt A.) versucht der OGH, in grundlegender Weise die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs zu definieren und

⁵⁶⁵ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22).

schneidet dabei die Frage des Verhältnisses zwischen Konzernprivileg nach Art 101 AEUV bzw § 1 KartG und dem Zusammenschlussrecht an (vgl dazu unten, Punkt D.V.).

Der zweiten genannten Frage, nämlich jener nach der grundsätzlichen Anwendung des Konzernprivilegs im österreichischen Kartellrecht, ist va schon deshalb beizupflichten, weil sich der Grundtatbestand des § 1 Abs 1 KartG beinahe wörtlich an jenen des Art 101 Abs 1 AEUV anlehnt und beide Bestimmungen somit der gleichen Teleologie zu Grunde liegen.⁵⁶⁶ Im Gegensatz zum teilweise divergierenden Zusammenschlussrecht (mehr dazu, s oben im 2. Kapitel) liegt es im Rahmen von § 1 Abs 1 KartG auf der Hand, die unionsrechtliche Rsp zu Art 101 Abs 1 AEUV als direkte Interpretationsgrundlage heranzuziehen.

Es liegt auch kein besonderer österreichbezogener Grund vor, weshalb Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit national nicht vom Kartellverbot ausgenommen sein sollten.⁵⁶⁷ Dies bestätigt auch aus systematischer Sicht § 7 Abs 4 KartG, welcher Konzernunternehmen aus dem österreichischen Zusammenschlussrecht ausnimmt. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt beispielsweise im EU-Recht (s dazu 2. Kapitel unter Punkt G.).

Somit kann mit Verweis auf die Vorbildwirkung von Art 101 AEUV und auf die aktuelle österreichische Rsp wohl bedenkenlos das unionsrechtliche Konzernprivileg im Sinne einer teleologischen Reduktion analog auf § 1 KartG angewendet werden. Fraglich ist in weiterer Folge, ob auch die weitergehenden Ausführungen der Jud und der Lehre zum Konzernprivileg des Art 101 Abs 1 AEUV ohne weiteres übertragen werden können. Nach dem gleichen Prinzip kann auch hier wohl davon ausgegangen werden, dass die weiteren Überlegungen und Begründungen ebenfalls im Rahmen des KartG gelten sollten, sofern sie nicht mit anderslautendem österreichischem Recht kollidieren.

Allerdings bleibt weiterhin unklar, welcher grundlegende Konzernbegriff im österreichischen Recht für die Anwendung des Konzernprivilegs verwendet werden soll. Einerseits würde sich die Konzerndefinition des § 15 AktG und § 115 GmbHG anbieten, zumal auch im Rahmen des Konzernprivilegs gemäß § 7 Abs 4 KartG auf diese Bestimmung verwiesen wird. In der älteren⁵⁶⁸, aber auch in der neueren⁵⁶⁹ OGH-Rsp wird ausdrücklich auf § 115 GmbHG verwiesen, was wiederum für die Heranziehung dieser Definition spricht. Auch die Verwendung rein wettbewerbsrechtlicher Beherrschungs- bzw Konzernbegriffe⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ So auch *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht (2005) 16.

⁵⁶⁷ Ähnlich auch *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht, 34 f.

⁵⁶⁸ Vgl OGH 16.10.1963, 7 Ob 204/63 (SZ 36/131 = ÖBI 1964, 55).

⁵⁶⁹ Vgl OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141).

⁵⁷⁰ Vgl zB *Knauder*, ZFR 2009, 67 mit Verweis auf die Jud zu § 7 Abs 4 KartG.

ließe sich systematisch argumentieren, wobei auf Grund der faktisch kaum wirklich vorhandenen Unterscheidungen zu jenen des Gesellschaftsrechts eine strikte Differenzierung auch im Rahmen von § 1 KartG mE nicht weiterführend wäre (zur Frage eines eigenen wettbewerbsrechtlichen Beherrschungs- bzw Konzernbegriffes, s oben, 2. Kapitel unter Punkt D.II.a.).

Auf der anderen Seite scheint auch die Verwendung des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit naheliegend, welcher im Rahmen der europäischen Jud entwickelt wurde, zumal die Anwendung des Konzernprivilegs im österreichischen Recht – wie eben festgestellt – gänzlich auf das Konzernprivileg nach Art 101 Abs 1 AEUV zurückzuführen ist. Dies wird insbesondere durch die *Haftungsverbund IV*-Entscheidung mit dem Verweis auf das EU-Recht und in der Lit unterstrichen.⁵⁷¹

Im Ergebnis dürften sich auf Grund der Ähnlichkeiten beider Rechtsordnungen hinsichtlich des materiellen Konzernbegriffs jedoch kaum faktische Unterschiede ergeben, weshalb diese Frage va eine theoretische bleibt. Denn, wie bereits wiederholt erörtert, decken sich auch die Definitionen der wirtschaftlichen Einheit und der Kontrolle in beiden Rechtsordnungen größtenteils.

Ob man in einem weiteren Schritt nun auf die tatsächliche Ausübung der Kontrollmöglichkeiten abstellt oder auf deren bloßes Bestehen, ist sowohl im nationalen Recht als auch im EU-Recht umstritten und geht auch aus der oben dargestellten OGH-Rsp nicht klar heraus. Die Rsp verweist teilweise auf den Konzernbegriff nach § 115 Abs 1 GmbHG, was für die tatsächliche Ausübung der Beherrschungsmöglichkeiten spricht. In der zuletzt ergangenen *Haftungsverbund IV*-Entscheidung nennt der OGH „vollfusionierte“ Unternehmen als Voraussetzung für die Anwendung des Konzernprivilegs. Bloß gemeinsam beherrschte Unternehmen entsprächen diesem Verständnis nach nicht den Anforderungen. Somit wäre die bloße „Beherrschung“, welche der OGH als „bloß fusionsähnlich“ bezeichnet, zu wenig. Die tatsächliche Ausübung des Einflusses wird aber in dieser Entscheidung zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich als Voraussetzung für die Anwendung des Konzernprivilegs genannt, sondern im Verweis auf die unionsrechtliche Rsp das Vorhandensein einer „wirtschaftlichen Einheit“.

Jedoch gibt es – wie oben in A.V. dargestellt – in der Jud zum EU-Recht ein weitgehendes Übergewicht für die Bevorzugung einer tatsächlichen Ausübung des beherrschenden Einflusses, welcher im Grunde auch für das österreichische Recht zuzustimmen wäre. Ähnlich wie im Rahmen des Konzernprivilegs im Zusammenschlussrecht

⁵⁷¹ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – *Haftungsverbund IV* (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22); so auch *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 § 1 Rn 7.

(s 2. Kapitel) bietet sich als zusätzliche Interpretationsgrundlage der Konzernbegriff des Gesellschaftsrechts nach § 15 AktG und § 115 GmbHG an, welcher letzten Endes den Konzern mit der tatsächlich ausgeübten einheitlichen Leitung gleichsetzt. Eine allfällige „Zwischenlösung“ zwischen bloßer Kontrollmöglichkeit, wie sie regelmäßig in den Fällen der gemeinsamen Kontrolle vorliegt, und der tatsächlichen Ausübung dieser Möglichkeit, maW der einheitlichen Leitung, wäre schwer abgrenzbar und letzten Endes auch der unionsrechtlichen Jud nicht entsprechend. Somit wäre aus den oben genannten Gründen der in der *Haftungsverbund IV*-Entscheidung des OGH verwendete Begriff der „Vollfusion“ mE für die Zwecke des Kartellrechts mit dem Konzern iSd § 15 Abs 1 AktG bzw § 115 Abs 1 GmbHG gleichzusetzen.

V. *Das Verhältnis zwischen dem kartellrechtlichen Konzernprivileg und dem Zusammenschlussrecht im Lichte der Haftungsverbund IV-Entscheidung*

Fraglich ist letzten Endes auch das Verhältnis zwischen dem Konzernprivileg des Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG und den Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle. Wird ein Zusammenschluss beispielsweise genehmigt, stellt sich die Frage, inwiefern sich daraus leiten lässt, dass die Vereinbarungen zwischen den zusammengeschlossenen Unternehmen nicht dem Verbot des § 1 KartG unterliegen. Hierbei steht zunächst die Konzerndefinition des nicht ausdrücklich geregelten Konzernprivilegs im Vordergrund.

Klar scheint jedenfalls, dass man nicht bei jedem Zusammenschluss nach § 7 Abs 1 KartG von einem Konzern iSd Konzernprivilegs nach § 1 KartG ausgehen kann, ebenso wenig wie jeder erfolgte Zusammenschluss automatisch von einer erneuten Zusammenschlusskontrolle ausgenommen werden kann (s dazu eingehender oben, 2. Kapitel unter F.III. und G.). Diese Einschränkung des Konzernprivilegs nach § 1 KartG wird auch von der *Haftungsverbund IV*-Entscheidung des OGH⁵⁷² bestätigt (vgl dazu oben unter Punkt D.II.). Ähnlich hat dies auch *Hoffer* für den Fall der gemeinsamen Kontrolle festgehalten, für welchen es richtigerweise „zwischen den gemeinsam kontrollierenden und dem kontrollierenden Unternehmen nicht automatisch zu einem kartellrechtsimmunen Konzern kommt“. Die bloße Verbindung nach § 7 KartG reiche für eine Konzernbildung nicht unbedingt aus.⁵⁷³

⁵⁷² OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22); darauf eingehend auch *Knauder*, ZFR 2009, 66 f.

⁵⁷³ *Hoffer*, ÖBl 2008, 248 f.

Anders als bei der Frage, ob ein bereits genehmigter Zusammenschluss im Falle von internen Vermögensumschichtungen einer erneuten Zusammenschlusskontrolle unterliegen soll, geht es bei der Freistellung im Rahmen des § 1 KartG jedoch zusätzlich darum, ob man letzten Endes den zusammengeschlossenen Unternehmen freie Hand für allfällige Absprachen lässt und sich diesbezüglich weitergehender Kontrollmöglichkeiten beraubt. In diesem Sinne ist es der Rsp des OGH folgend einleuchtend, hohe Anforderungen an die Freistellung im Rahmen des Kartellverbots zu stellen.

Daher wird auch hier je nach Fall zu unterscheiden sein: Im Falle einer Fusion gemäß § 7 Abs 1 Z 1 KartG kann es zu keiner nachträglichen Prüfung mehr kommen, da es zum Fortfall unabhängiger Entscheidungsträger bzw eo ipso zur Entstehung einer neuen wirtschaftlichen Einheit kommt.⁵⁷⁴ Eine Betriebsstätte nach Z 2 stellt kein Konzernunternehmen nach österreichischem Recht dar und ein 25%iger Anteilserwerb nach Z 3 erfüllt keinesfalls die Anforderungen des Konzernprivilegs (eine bloß 50%ige Beteiligung wird idR ebenfalls zu wenig sein). Auch bei den Organverflechtungen nach Z 4 ist nicht vorweg klar, ob von einem Konzern die Rede sein kann. Wie im 2. Kapitel bereits geschildert, wird regelmäßig die Mischung zwischen Personengleichheiten, Anteilserwerben und anderen Kontrollmöglichkeiten den Ausschlag geben. Die Frage, ob sich aus dem Erwerb eines beherrschenden Einflusses nach Z 5 die Anwendung des Konzernprivilegs nach § 1 Abs 1 KartG und Art 101 Abs 1 AEUV rückschließen lässt, ist wohl eine der schwierigsten. Dabei müsste man sich nämlich auf der einen Seite für eine der Konzerndefinitionen im Rahmen des Konzernprivilegs entscheiden, aber auch auf eine Definition des beherrschenden Einflusses nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG einigen und zum Schluss beide vergleichen. Gerade hier ist es mE von Vorteil, einheitliche Definitionen vorzufinden.

Der OGH hat etwas kryptisch formuliert, dass nur im Falle von vorangegangenen „Vollfusionen“ allfällige Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den betreffenden Unternehmen von § 1 KartG ausgenommen seien. Wie weit eine solche „Vollfusion“ gehen muss, ist, wie bereits erwähnt, nicht gänzlich geklärt. Eindeutig ist in dieser Hinsicht, dass beim Erwerb alleiniger Kontrolle im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens bereits die gänzliche Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen Erwerber und Zielgesellschaft geprüft wird, weshalb sich eine zusätzliche Prüfung nach § 1 KartG erübrigt.⁵⁷⁵

Wird ein beherrschender Einfluss im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG festgestellt, müsste folgerichtig vermutet werden, dass auch eine

⁵⁷⁴ Vgl *Urlesberger/Haid* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005, § 12 Rn 16; *Schmidt* in FS Rittner, 570.

⁵⁷⁵ So auch *Knauder*, ZFR 2009, 66.

wirtschaftliche Einheit vorliegt und somit Vereinbarungen zwischen den betroffenen Unternehmen den Verboten nach § 1 Abs 1 KartG und Art 101 Abs 1 AEUV nicht unterliegen.⁵⁷⁶ Denn ein solcher beherrschender Einfluss indiziert auf Grund der Konzernvermutung nach § 18 Abs 1 S 3 dAktG auch die einheitliche Leitung⁵⁷⁷ (maW das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit), welche schlussendlich auch für beide Konzernprivilegien (sowohl im Rahmen des Kartellverbots als auch in jenem des Zusammenschlussrechts) notwendig ist. Wenn niemand diese Vermutung widerlegt, führt daher ein nach § 7 Abs 1 Z 5 KartG genehmigter Zusammenschluss zur Anwendung beider Konzernprivilegien. Anders gestaltet es sich im Falle gemeinsamer Kontrolle, in deren Rahmen keine alleinige Kontrolle eines Unternehmens (und daher regelmäßig auch keine wirtschaftliche Einheit) vorliegen kann.

E. Zwischenergebnis des 3. Kapitels

Zusammenfassend bleibt für dieses 3. Kapitel zu sagen, dass sich heute die Frage über die Existenz eines Konzernprivilegs im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV und § 1 KartG nicht mehr stellt. Dies wird sowohl von der Rsp als auch von der Lehre eindeutig bejaht. Nicht so eindeutig lösbar ist jedoch noch immer die Frage nach dem Geltungsgrund bzw der dogmatischen Rechtfertigung dieses Konzernprivilegs auf der einen Seite und andererseits die Frage, ob die Beherrschungsmöglichkeiten innerhalb der Unternehmensverbindungen auch tatsächlich ausgeübt werden müssen, um von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen zu werden.

Wie auch immer sich die erste Frage, also die dogmatische Begründung des Konzernprivilegs, zukünftig lösen wird, in erster Linie scheint sowohl im EU-Recht als auch in Österreich die mangelnde Autonomie der Tochtergesellschaften als Grundlage für die wirtschaftliche Einheit herangezogen zu werden.

Während die Frage der Begründung des Konzernprivilegs eher theoretischer Natur ist, wenn man sich letztlich über die Tatbestandsvoraussetzungen einig ist, spielt jene, ob eine bloße Kontrollmöglichkeit oder die tatsächliche Ausübung der Kontrolle notwendig ist, praktisch eine wesentlich bedeutsamere Rolle. Denn es geht dabei um die konkreten Voraussetzungen, welche die Normadressaten zur Bejahung des Konzernprivilegs erfüllen müssen. Eine unklare Rechtslage ist – ähnlich wie im Rahmen des Zusammenschlussrechts – ein Problem der Rechtsunsicherheit. Daher war auch die *Viho*-Entscheidung des EuGH mitsamt der Schlussanträge des Generalanwalts *Carl Otto Lenz* als bedeutsamer Fortschritt

⁵⁷⁶ So auch *Schröder*, WuW 1988, 279.

⁵⁷⁷ Vgl *Ellerich*, DB 1980, 1973.

anzusehen, weil sie als letzte grundlegende unionsrechtliche Entscheidung klargestellt hat, dass es bei der Anwendung des Konzernprivilegs nur auf das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Einheit ankommen soll und weniger auf systemwidrige (zusätzliche) Tatbestandsvoraussetzungen wie zB die interne Aufgabenverteilung. Zumindest den Andeutungen der Rsp zu Folge ist hierbei auch von einem Abstellen auf die tatsächliche Ausübung der Leitungsmacht auszugehen.

Ein weiterer durchaus wichtiger Schritt zur Abgrenzung der wirtschaftlichen Einheit stellt die neuere europäische Rsp zur Verhaltenszurechnung dar. Dabei wurden insbesondere die Grundsätze über die wirtschaftliche Einheit bestätigt und um die widerlegbare Vermutung bereichert, dass bei einer 100%-Beteiligung eine wirtschaftliche Einheit vorliegt. Diese Vermutung umfasst sowohl die Abhängigkeits- als auch die Konzernvermutung nach deutschem Recht (vgl dazu 1. Kapitel unter Punkt B.) und trägt – ähnlich wie im Rahmen des deutschen und österreichischen Gesellschaftsrechts – wesentlich zur Lösung der Unklarheiten hinsichtlich des Konzernbegriffs bei. Somit kann nach dem heutigen Stand der auch durch den OGH zitierten unionsrechtlichen Jud zusammengefasst werden, dass zwar für die Bejahung der wirtschaftlichen Einheit die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses vorausgesetzt wird, eine solche jedoch im Falle einer 100%-Beteiligung (oder anderer vergleichbarer Indizien) widerlegbar vermutet wird.

Schlussbemerkungen

Großteils stellen sich in dieser Arbeit in Bezug auf jeden der drei Themenkreise (das Gesellschaftsrecht, das Zusammenschlussrecht und das Kartellverbot) dieselben Fragen: Wie wird der Konzern bzw der beherrschende/bestimmende Einfluss definiert? Gibt es hinsichtlich der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen je nach Schutz- und Regelungszweck der jeweiligen Rechtsgebiete tatsächlich Unterschiede? Und genügt der beherrschende/bestimmende Einfluss für die Bejahung eines Konzernverhältnisses oder muss diese Kontrolle tatsächlich ausgeübt werden?

Unstrittig ist, dass der Ansatz, je nach Rechtsgebiet Definitionen herauszuarbeiten, welche den jeweiligen Regelungs- und Schutzzwecken entsprechen, der einzig richtige ist. Schlussendlich ergeben sich allerdings im Rahmen der „materiellen“ Prüfung, ob der notwendige Einfluss vorhanden ist, kaum bis keine Unterschiede. Die Kontrolle, sei es im Gesellschafts- oder im Wettbewerbsrecht, drückt sich va durch die gesamtstrategische, finanzielle und personelle Unselbständigkeit des Tochterunternehmens aus. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird auf andere Faktoren geachtet, welche zumeist nur den Eindruck verstärken oder schwächen, ob eine allfällige Kontrolle vorhanden ist. Bei sämtlichen Kontroll- und Konzerndefinitionen spielt die Führung des Tagesgeschäfts keine tragende Rolle. Daher kann man die jeweils genannten Rechtsbereiche mE ruhigen Gewissens untereinander als Interpretationsgrundlage heranziehen, indem man jedoch die jeweiligen Regelungs- und Schutzzwecke nicht völlig aus den Augen verliert.

Letzten Endes wird auch im Kartellrecht der EU, ähnlich wie im deutschen Gesellschaftsrecht, eine widerlegbare Vermutung zur Hilfe genommen, um die problematische Unterscheidung zwischen beherrschendem/bestimmenden Einfluss einerseits und wirtschaftlicher Einheit/Konzern andererseits zu lösen. Dieser Zugang ist auch der mE einzig richtige Ansatz, um einerseits zu schwache Verbindungen vom Konzernprivileg auszuklammern und sich andererseits nicht in unmöglichen Beweisanforderungen zu verfangen. Diese Definition der wirtschaftlichen Einheit, welche sich insbesondere im Rahmen der neueren europäischen Jud zur Verhaltenszurechnung herausgebildet hat, lässt sich auch problemlos auf das zusammenschlussrechtliche Konzernprivileg anwenden.

Eine solche Vermutung hat der OGH in seinen *Postbus-* und *Brau Union-*Entscheidungen zu § 7 Abs 4 KartG jedoch nicht ausdrücklich aufgenommen, wobei insgesamt unklar ist, wie er das Konzernprivileg nach § 7 Abs 4 KartG abgrenzt. Es lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass er in Zukunft die Entwicklung des EU-Rechts verfolgen

wird, wie dies im Rahmen des Konzernprivilegs nach § 1 KartG hinsichtlich der *Haftungsverbund IV*-Entscheidung der Fall war. Eine derartige Harmonisierung und eine Klarstellung des Konzernbegriffs samt den notwendigen Vermutungen wären jedenfalls wünschenswert.

Dass die Frage der Konzerndefinition und speziell des Konzernprivilegs keine isolierte und praxisferne ist, zeigen nicht nur die zahlreichen dazu ergangenen Entscheidungen im Rahmen des Kartell- und Zusammenschlussrechts. Auch in anderen Rechtsbereichen, wie zB im Rahmen des Arbeitsrechts⁵⁷⁸, des Vergaberechts⁵⁷⁹, des Übernahmerechts und des UWG⁵⁸⁰ stellen sich ähnliche Fragen. Dabei könnte das Kartell- und Zusammenschlussrecht, insbesondere im Hinblick auf die neue europäische Rsp, eine Vorreiterrolle als Interpretationshilfe zur Klärung diverser Fragen in anderen Rechtsgebieten einnehmen.

⁵⁷⁸ Ausführlich dazu zB *Kreil*, Mitbestimmung im Konzern – Die Tatbestände der §§ 110 Abs 6 und 88 a ArbVG (1993) 20 ff; sowie *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern – Probleme des Individualarbeitsrechts in verbundenen Unternehmen (1996) 15 ff.

⁵⁷⁹ Vgl zB *Franke/Hagen/Mirfakhrail*, Die „Konzernvergabe“ im Sektorenbereich – Aufträge an verbundene Unternehmen als Möglichkeit einer privilegierten Vergabe im Sektorenbereich, ZVB 2007, 77 ff; *Müller*, Beschränkung von Public Private Partnerships: Generelle Abschaffung des In-House-Privilegs bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften? wbl 2005, 149 ff.

⁵⁸⁰ Vgl zB *Gamerith*, Irreführende Werbung mit Eröffnungspreisen, ÖBl 2006, 176 f.

Entscheidungsverzeichnis

Österreich – OGH

- OGH 16.10.1963, 7 Ob 204/63 (SZ 36/131 = ÖBI 1964, 55)
- OGH als KOG 27.5.1974, Okt 21/74 – Tankstellenbetrieb (ÖBI 1974, 91)
- OGH als KOG 22.11.1976, Okt 8/76 – ÖMV (ÖBI 1977, 17)
- OGH 18.01.1983, 4 Ob 510/82 (SZ 56/10)
- OGH 15.12.1992, 4 Ob 2/93 (wbl 1993, 264)
- OGH als KOG 9.12.1996, 16 Ok 6/96 (SZ 69/273)
- OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x (SZ 70/92)
- OGH als KOG 13.9.1999, 16 Ok 5/99 – Asphaltmischwerk I (ÖBI 2001, 94)
- OGH 13.9.2000, 4 Ob 197/00z – Konzernpreise (SZ 73/141)
- OGH als KOG 15.05.2000, 16 Ok 4/00 – Oscar Bronner (ÖBI 2001, 41)
- OGH als KOG 17.12.2001, 16 Ok 9/01 (SZ 74/199)
- OGH als KOG 1.07.2002, 16 Ok 2/02 (SZ 2002/91)
- OGH als KOG 16.12.2002, 16 Ok 9/02 (ÖBI 2003, 280)
- OGH als KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02 – Wintertarif (ÖBI 2003, 247)
- OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 – Postbus (GesRZ 2003, 170)
- OGH als KOG, 4.4.2005, 16 Ok 4/05 – Spar (ÖBI 2005, 225)
- OGH als KOG 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – Brau Union (ÖBI 2005, 272)
- OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p (SZ 2005/176)
- OGH als KOG 27.02.2006, 16 Ok 49/05 (RdW 2006, 506)
- OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 12/06 – Haftungsverbund II (SZ 2007/45 = ZFR 2007, 165)
- OGH als KOG 21.3.2007, 16 Ok 1/07 – Haftungsverbund III (SZ 2007/46 = RdW 2007, 605)
- OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 7/07 (ÖBI 2008, 244 = RdW 2008, 336)
- OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – Aufzugskartell (OZK 2008, 224 = ÖBI 2009, 132)
- OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 8/08 (OZK 2008, 229 = ÖBI 2009, 135)
- OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 9/08 – Haftungsverbund IV (ZFR 2009, 65 = RdW 2009, 22)

OGH als KOG 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – EPH (RdW 2009, 470)

OGH als KOG 19. 1. 2009, 16 Ok 13/08 – KombiP2007 (OZK 2009, 156 = RdW 2009, 409)

Österreich – OLG

OLG als KG 28.9.2000, 25 Kt 286/00 (ecolex 2001, 56)

OLG als KG 5.8.2004, 26 Kt 132/04 – Morawa Grosso

OLG als KG 19.3.2009, 29 Kt 4/09 (nichtöffentliche Entscheidung); vgl dazu Pressemitteilung der BWB vom 24.3.2009, „Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Telekom Austria TA AG“, www.bwb.gv.at.

Europa – EuGH

EuGH 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Rs 48/69, Slg 1972, 619

EuGH 21.2.1973, *Europemballage Corporation und Continental Can/Kommission*, Rs 6-72, Slg 1973, 215

EuGH 6.3.1973, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission*, Rs 6 und 7/73, Slg 1974, 223

EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc.*, Rs 15-74, Slg 1974, 1147

EuGH 31.10.1974, *Centrafarm B.V. und Adriaan de Peijper/Winthrop B.V.*, Rs 16-74, Slg 1974, 1183

EuGH 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Kommission*, Rs 107/82, Slg 1983, 3151

EuGH 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Firma Compact*, Rs 170/83, Slg 1984, 2999

EuGH 4.5.1988, *Corinne Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*, Rs 30/87, Slg 1988, 2479

EuGH 24.10.1996, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs C-73/95 P, Slg 1996, I-5457

EuGH 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Kommission*, Rs C-286/98 P, Slg 2000, I-09925

EuGH 2.10.2003, *Aristrain/Kommission*, Rs C-196/99 P, Slg 2003, I-11005

EuGH 28.6.2005, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, verbundene Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg 2005, I-05425

EuGH 11.7.2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Kommission*, Rs C-205/03 P, Slg 2006, I-06295

EuGH 10.9.2009, *Azko Nobel/Kommission*, Rs C-97/08 P

EuGH 24.9.2009, *Lombardclub/Kommission*, verbundene Rs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P

Europa – EuG

EuG 19.5.1994, *Air France/Kommission*, Rs T-2/93, Slg 1994, II-323

EuG 12.1.1995, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs T-102/92, Slg 1995, II-17

EuG 6.4.1995, *Baustahlgewerbe GmbH/Kommission*, Rs T-145/89, Slg 1995, II-987

EuG 20.4.1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij ua/Kommission*, verbundene Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg 1999, II-931

EuG 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission*, Rs T-203/01, Slg 2003, II-4071

EuG 15.6.2005, *Tokai Carbon ua/Kommission*, verbundene Rs T-71/03, T-74/03, T-87/03 und T-91/03, Slg 2005, 10

EuG 23.2.2006, *Cementbouw/Kommission*, Rs T-282/02, Slg 2006, II-319

EuG 27.9.2006, *Avebe BA/Kommission*, Rs T 314/01, Slg 2006, II 3085

EuG 31.1.2007, *France Télécom SA/Kommission*, Rs T-340/03, Slg 2007, II-107

EuG 10.4.2008, *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Rs T-271/03, Slg 2008, II-477

EuG 8.10.2008, *Schunk GmbH und Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH/Kommission*, Rs T-69/04, Slg 2008, II-2567

EuG 30.4.2009, *Itochu Corp./Kommission*, Rs T-12/03

EuG 9.9.2009, *Clearstream/Kommission*, T-301/04

EuG 30.9.2009, *Hoechst GmbH/Kommission*, Rs T-161/05

Europa – Kommission

Kommission 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*, Einzelfall IV/22.548, ABI 1969 L 165, 12-14

Kommission 24.7.1969, *Farbstoffe*, IV/26.267, ABI 1969 L 195, 11-17

Kommission 30.6.1970, *Kodak*, IV/24055, ABI 1970 L 147, 24-27

Kommission 14.12.1972, *Zoja/CSC – ICI*, IV/26.911, ABI 1972 L 299, 51-58

Kommission 6.1.1982, *AEG-Telefunken*, IV/28.748, ABI 1982 L 117, 15-28

Kommission 15.5.1991, *Gosme/Martell-DMP*, IV.32.186, ABI L 185, 23-30

Kommission 27.10.1992, *Vertrieb der Pauschalarrangements anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 1990*, IV/33.384 und 33.378, ABI 1993 L 326, 31-42

Kommission 3.8.1993, *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, IV/M.343, ABI 1993 C 225, 2

Kommission 3.12.1993, *Philips/Grundig*, IV/M.382, ABI 1993 C 336, 11

Kommission 21.12.1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, IV/34.689, ABI 1994 L 015, 8-19

Kommission 9.6.1994, *Avesta (II)*, IV/M.452, ABI 1994 C 179, 7

Kommission 13.7.1994, *Karton*, IV/C/33.833, ABI 1994 L 243, 1-78

Kommission 1.9.1994, *Tractebel/Distrigraz (II)*, IV/M.493, ABI 1994 C 249, 03

Kommission 28.7.1994, *Man/Ingersoll Rand*, IV/M.479, ABI 1994 C 231, 05

Kommission 17.2.1995, *Siemens/Italtel*, IV/M.468, ABI L 161, 27-41

Kommission 6.11.1995, *Unisource/Telefónica*, IV/M.544, ABI 1996 C 13, 03

Kommission 23.4.1997, *Anglo American Corporation/Lonrho*, IV/M.754, ABI 1998 L 149, 21-45

Kommission 22.9.1997, *KLM/Air UK*, IV/M.967, ABI 1997 C 372, 20

Kommission 6.11.1997, *Nordic Capital/APAX Industri*, IV/M.1026, ABI 1998 C 010, 09

Kommission 8.7.1998, *Jefferson Smurfit/Stone Containers*, IV/M.1208, ABI 1998 C 252, 08

Kommission 22.12.1998, *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola*, IV/JV.12, ABI 1999 C 178, 18

Kommission 30.4.2002, *TPS*, IV/M.0057, ABI 2002 C 137, 28

Kommission 21.6.2002, *Metronet/Infracore*, COMP/M.2694, ABI 2002 C 164, 15

Kommission 13.2.2003, *ASCOTT GROUP/GOLDMAN SACHS/ORIVILLE*, COMP/M.3068, ABI 2003 C 52, 14

Kommission 21.5.2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, ABI 2003 L 263, 9-41.

Kommission 29.7.2003, *VW - Audi/VW-Audi Vertriebszentren*, COMP/M.3198, ABI 2003 206, 15

Kommission 19.1.2005, *Fortis/BCP*, COMP/M.3556, ABI 2005 C 61, 04

Kommission 21.12.2005, *E.ON/MOL*, COMP/M.3696, ABI 2006 L 253, 20-28.

Kommission 21.12.2005, *Kautschukchemikalien*, COMP/F/38.443, ABI 2006 L 353, 50-53

Kommission 13.2.2006, *Arcelor/Oyak/Erdemir*, COMP/M.4085

Kommission 19.9.2006, *TOSHIBA/WESTINGHOUSE*, COMP/M.4153 ABI 2006 C 10, 1

Kommission 20.12.2006, *MAN/Scania*, COMP/M.4336

Kommission 4.7.2007, *Wanadoo España/Telefónica*, COMP/38.784, ABI 2008 C 83, 6-9

Kommission 23.7.2008, *Porsche/Volkswagen*, COMP/M.5250, ABI 2008 C 222, 2

Kommission 8.7.2009, *E.ON/GDF*, COMP/39.401 (WuW 2010, 121)

Deutschland – BKartA

BKartA 7.1.1974, *VEBA/Gelsenberg*, WuW/E 147

Literaturverzeichnis

- Aicher, Josef*: Aspekte der Fusionskontrolle in der EG – Konsequenzen für Österreich (1992)
- Barbist, Johannes*: Anwendungsbereich des Konzernprivilegs, ÖBl (2005), 272
- Barfuß, Walter / Wollmann, Hanno / Tahedl, Rainer*: Österreichisches Kartellrecht (1996)
- Bauer, Günter / Reisner, Nina*: Erweiterte Zurechnung des Verhaltens Dritter bei der Festsetzung von Geldbußen im EG-Kartellrecht? WuW 2007, 737 ff
- Bechtold, Rainer / Brinker, Ingo / Bosch, Wolfgang / Hirsbrunner, Simon*: EG-Kartellrecht Kommentar, 2. Auflage (2009)
- Beninca, Jürgen / Zschocke Christian*, Kartellrecht in der Praxis – Ein Leitfaden (2007)
- Bergmann, Bettina*: Maßstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, WuW 2001, 234 ff
- Buntschek, Martin*: Das „Konzernprivileg“ im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (2002)
- Bürgers, Tobias / Körber Torsten*: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz (2008)
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias*: EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Auflage (2007)
- Doralt, Peter / Nowotny, Christian / Kalss, Susanne*: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (2003)
- Duursma, Dieter / Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine / Roth, Marianne*: Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)
- Egermann, Clemens / Reidlinger, Axel*: Konzernprivileg bei Privatstiftungen, ecolex 2001, 56 f.
- Ellerich, Marian*: Zur Widerlegung der aktienrechtlichen Konzernvermutung (§18 Abs. 1 Satz 3 AktG) durch den Bund, DB 1980, 1973 ff
- Emmerich, Volker / Habersack Mathias*: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Auflage (2008)
- Fleischer, Holger*: Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot, AG 1997, 491 ff
- Franke, Horst / Hagen, Christian / Mirfakhrai, Ramin*: Die „Konzernvergabe“ im Sektorenbereich – Aufträge an verbundene Unternehmen als Möglichkeit einer privilegierten Vergabe im Sektorenbereich, ZVB 2007, 77 ff
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht (2006)

Gamerith, Helmut: Irreführende Werbung mit Eröffnungspreisen, ÖBI 2006, 176 f

Gleiss, Alfred / Hirsch, Martin: Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Auflage, (1993)

Groeben, Hans von der / Schwarze Jürgen: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Band 2, 6. Auflage (2003)

Gröhs, Bernhard: Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff (§ 15 AktG, § 115 GmbHG), RdW 1987, 250 ff

Gruber, Johannes Peter: Österreichisches Kartellrecht (2008)

Gugerbauer, Norbert: Handbuch der Fusionskontrolle (1995)

Harms, Wolfgang: Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1968)

Hartung, Isabella: Geldbuße für Telefonica wegen Kosten-Preis-Schere im spanischen Breitbandmarkt, MR-Int 2007, 98

Hirsch, Günter / Montag, Frank / Säcker, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1 (2007)

Hoffer, Raul: Alleinige und gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen, ÖBI 2008, 244 ff

Hoffer, Raul: Kartellgesetz Kommentar (2007)

Hoffer, Raul / Barbist, Johannes: Das neue Kartellrecht (2005)

Hoffer, Raul / Innerhofer, Isabelle: Verhängung von Geldbußen gegen das "Aufzugskartell" wegen Wettbewerbsverstößen auf dem inländischen Markt, ÖBI 2009, 132 ff

Hummer, Christina: EuG: Geldbußen im Kohlenstoff- und Graphitkartell bestätigt, OZK 2009, 36 ff

Hummer, Christina: Mütter in kartellrechtlicher Ziehung, Die Presse 2009, 41/07

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, Band 1 EG, Teil 1, 4. Auflage (2007)

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, Band 1 EG, Teil 2, 4. Auflage (2007)

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, 4. Auflage (2007)

Jabornegg, Peter / Strasser, Rudolf: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 4. Auflage, (2006)

Jud, Waldemar: Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktion im Konzern, GesRZ 1982, 111 ff

- Junghans, Volker*: Preis-Kosten-Scheren in der Telekommunikation, WuW 2002, 567 ff
- Knauder, Christian*: Kartellverbot und Fusionskontrolle parallel anwendbar – kein allgemeiner Vorrang der Fusionskontrollvorschriften vor dem Kartellverbot, ZFR 2009, 65 ff
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Aspekte „verbundener Unternehmen“ im österreichischen Recht in: *Foster, Karl-Heinz (Hrsg)*: Aktien- und Bilanzrecht - Festschrift für Bruno Kropff 1997, 155 ff
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Bankenaufsicht und Unternehmensverbindung (1991)
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage (1997)
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Zurechnung von Beteiligungen im Wirtschaftsrecht, wbl 2005, 293 ff
- Koppensteiner, Hans-Georg / Rüffler, Friedrich*: GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007)
- Karl, Matthias*: Der Zusammenschlussbegriff in der europäischen Fusionskontrollverordnung: eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (1996)
- Kreil, Linda*: Arbeitsverhältnisse im Konzern – Probleme des Individualarbeitsrechts in verbundenen Unternehmen (1996)
- Kreil, Linda*: Mitbestimmung im Konzern – Die Tatbestände der §§ 110 Abs 6 und 88 a ArbVG (1993)
- Krejci, Heinz*: Partnerschaft, Verein, Konzern - zur Harmonisierung und Modernisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes, GA 10. ÖJT (1988)
- Kropff, Bruno*: Zur Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen auf den Bund, ZHR 144 (1980), 74 ff
- Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef*: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage (2010)
- Löffler, Heinz*: Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung (2001)
- Mayer, Heinz*: Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 20. Lieferung - Art 87 EGV (2004)
- Müller, Bernhard*: Beschränkung von Public Private Partnerships: Generelle Abschaffung des In-House-Privileges bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ? wbl 2005, 149 ff
- Neef, Andreas*: Kartellrecht (2008)
- Petsche, Alexander / Urlesberger, Franz Christof / Vartian, Claudine*: Kartellgesetz 2005 – Kurzkomentar (2007)

- Pohlmann, Petra*: Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht (1999)
- Reich-Rohrwig, Johannes*: Das österreichische GmbH-Recht, Band 1, 2. Auflage (1997)
- Reich-Rohrwig, Johannes / Zehetner, Jörg*: Kartellrecht I – Österreich, Europäische Union (2000)
- Reidlinger, Axel / Hartung, Isabella*: Das österreichische Kartellrecht, 2. Auflage (2008)
- Sander, Peter*: Das Konzernprivileg im Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrecht, OZK 2008, 20 ff
- Schima, Georg*: Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114 ff
- Schima, Georg*: Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH in: *Kalss, Susanne / Nowotny, Christian / Schauer, Martin*: Festschrift Peter Doralt: Zum 65. Geburtstag (2004)
- Schmidt, Ingo*: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung, 8. Auflage (2005)
- Schmidt, Karsten*: Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern – Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzerns in: *Löwisch, Manfred / Schmidt-Leithoff Christian / Schmiedel Burkhard*: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag (1991)
- Schröder, Dirk*: Die Anwendung des Kartellverbotes auf verbundene Unternehmen, WuW 1988, 274 ff
- Schröter, Helmuth / Jakob, Thinam / Mederer, Wolfgang*: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003)
- Solé, Elfriede*: Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006)
- Stockenhuber, Peter*: Die Europäische Fusionskontrolle (1995)
- Stockenhuber, Peter*: Europäisches Kartellrecht (1999)
- Straube, Manfred*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften – Rechnungslegung §§ 189 - 283 HGB, 2. Auflage (2000)
- Wessely, Karin*: Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995)
- Wessely, Karin*: Fusionskontrolle: Berechnung der Aufgriffsschwellen, ecolex 1994, 475 ff
- Wiedemann, Gerhard*: Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage (2008)
- Wimmer, Norbert / Müller, Thomas*: Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National (2007)

Zigelski, Sabine: Der wettbewerblich erhebliche Einfluss wird 20, WuW 2009, 1261 ff

Zimmer, Daniel J./Paul, Thomas: Kartellbußgeldrechtliche Haftung und Haftungsbefreiung im Konzern, WuW 2007, 970 ff

Zöllner, Wolfgang / Noack Ulrich: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, 3. Auflage (2004)

Zwick, Christian: Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 ff

Abstract

Die Frage, ob gewisse Vereinbarungen bzw Verhaltensweisen, welche normalerweise dem Kartellverbot oder der Zusammenschlusskontrolle unterliegen würden, von den jeweiligen Prüfungen ausgenommen sein sollen, weil die beteiligten Unternehmen demselben Konzern angehören, wirft weitere Problemstellungen auf. Die Thematik des sog. „Konzernprivilegs“ im Kartell- und Zusammenschlussrecht verbindet dabei wettbewerbsrechtliche und gesellschaftsrechtliche sowie nationale und unionsrechtliche Aspekte.

Im Kartellrecht und im Zusammenschlussrecht stehen zumeist Konzerne im Mittelpunkt, welche oft auch verflochtene Unternehmensverbindungen und -strukturen aufweisen. Hierbei ist jedoch immer zu unterscheiden, ob die jeweiligen Konzernunternehmen untereinander oder mit Dritten die Tatbestände des Kartell- und Zusammenschlussrechts erfüllen. Denn der Zweck dieser Bestimmungen ist der Schutz des Wettbewerbs, welcher jedoch durch konzerninterne Vereinbarungen und Umstrukturierungen regelmäßig nicht gefährdet ist. Aus diesem Grund existieren für letztere in den verschiedenen Rechtsordnungen Ausnahmen aus den jeweiligen Tatbeständen.

Unklarheiten ergeben sich zB hinsichtlich der Frage, welcher Konzernbegriff tatsächlich von den Konzernprivilegien zu verwenden ist, was auch teilweise je nach Rechtsordnung unterschiedlich beantwortet wird. Weiters sind die genauen Bedingungen, in deren Rahmen die Konzernprivilegien greifen sollen, nicht immer klar definiert. Insbesondere ist unklar, ob die bloße Möglichkeit der Einflussnahme genügt oder die tatsächliche Übung der Leitungsmacht zur Bejahung eines Konzerns vorausgesetzt wird. Folglich stellen sich in dieser Arbeit in Bezug auf jeden der drei Themenkreise (das Gesellschaftsrecht, das Zusammenschlussrecht und das Kartellverbot) im Groben dieselben Fragen: Wie wird der Konzern bzw der beherrschende/bestimmende Einfluss definiert? Gibt es hinsichtlich der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen je nach Schutz- und Regelungszweck der jeweiligen Rechtsgebiete tatsächlich Unterschiede? Und genügt der beherrschende/bestimmende Einfluss für die Bejahung eines Konzernverhältnisses oder muss diese Kontrolle tatsächlich ausgeübt werden?

Unstrittig ist, dass der Ansatz, je nach Rechtsgebiet eigene Definitionen herauszuarbeiten, welche den jeweiligen Regelungs- und Schutzzwecken entsprechen, der einzig richtige ist. Schlussendlich ergeben sich allerdings im Rahmen der „materiellen“ Prüfung, ob der notwendige Einfluss vorhanden ist, kaum bis keine Unterschiede. Die

Kontrolle, sei es im Gesellschafts- oder im Wettbewerbsrecht, drückt sich vor allem durch die gesamtstrategische, finanzielle und personelle Unselbständigkeit des Tochterunternehmens aus. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird auf andere Faktoren geachtet, welche zumeist nur den Eindruck verstärken oder schwächen, ob eine allfällige Kontrolle vorhanden ist. Bei sämtlichen Kontroll- und Konzerndefinitionen spielt die Führung des Tagesgeschäfts keine tragende Rolle. Daher kann man die jeweils genannten Rechtsbereiche mit ruhigen Gewissens untereinander als Interpretationsgrundlage heranziehen, wobei man jedoch die jeweiligen Regelungs- und Schutzzwecke nicht völlig aus den Augen verlieren sollte.

Letzten Endes bedient man sich auch im Kartellrecht der EU, ähnlich wie im deutschen Gesellschaftsrecht, einer widerlegbaren Vermutung, um die problematische Unterscheidung zwischen beherrschendem/bestimmendem Einfluss einerseits und wirtschaftlicher Einheit/Konzern andererseits zu lösen. Dieser Zugang ist auch der mit dem einzigen richtigen Ansatz, um einerseits zu schwache Verbindungen vom Konzernprivileg auszuklammern und sich andererseits nicht in unmöglichen Beweisanforderungen zu verfangen. Diese Definition der wirtschaftlichen Einheit, welche sich insbesondere im Rahmen der neueren europäischen Rechtsprechung zur Verhaltenszurechnung herausgebildet hat, lässt sich auch problemlos auf das zusammenschlussrechtliche Konzernprivileg anwenden.

Die österreichische Rechtsprechung verweist schlussendlich im Rahmen der Konzernprivilegien mehrfach auf die unionsrechtliche Rechtsprechung, ohne jedoch den Konzernbegriff endgültig abzugrenzen. Insbesondere die Anwendbarkeit der dargestellten Vermutungen ist fraglich, was mit dem Ziel der Harmonisierung und Klarstellung wünschenswert wäre.

Lebenslauf – Arnold Koger

Persönliche Daten	<ul style="list-style-type: none">▪ Geburtsdatum: 25.10.1985▪ Staatsbürgerschaft: Österreich▪ Anschrift: Roßauer Lände 27/8, 1090 Wien▪ Telefonnummer: +436769613873▪ E-mail: arnold.koger@chello.at
Ausbildung	<ul style="list-style-type: none">▪ 1990 – 2003: Abschluss der schulischen Ausbildung im Lycée français de Vienne mit sehr gutem Erfolg (französisches Baccalauréat, österreichische Matura, Latinum).▪ Oktober 2004: Beginn des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.▪ Winter 2006/2007: Teilnahme am Elsa Moot Court aus Zivilrecht mit dem Thema „wrongful birth“ (Betreuung durch die Kanzlei Kunz Schima Wallentin).▪ März 2007: Abschluss des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften in nur fünf Semestern (insbesondere mit den Noten „gut“ in den Fächern bürgerliches Recht mündlich und schriftlich, Handelsrecht, ZGV, Arbeitsrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht sowie „sehr gut“ in Europarecht), unter den besten 6% der Studienabsolventen in 2007 laut UNI-PORT-Ranking.▪ Seit April 2007: Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien (Dissertation aus dem Bereich des Kartellrechts betreut durch Herrn Prof. Aicher).▪ August 2010 – Sommer 2011: Teilnahme an einem LL.M.-Programm an der University of Columbia, New York, USA.
Arbeitserfahrung	<ul style="list-style-type: none">▪ Sommer 2003: Praktikum in der Werbeabteilung von Toyota Frey (1230 Wien).▪ 2003 – 2004: Zivildienst in der Zentrale der Caritas der Erzdiözese Wien (1160 Wien) im Bereich der Verrechnung.▪ Sommer 2005: Praktikum bei der RWA AG Wien (1100 Wien) teils in der PR-Abteilung, teils im Bereich Rechtsabteilung/Vorstand.▪ Juli 2006: Praktikum bei der Rechtsanwaltskanzlei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati (CHSH, 1010 Wien) in unterschiedlichen Bereichen des Zivil-, Gesellschafts- und öffentlichen Wirtschaftsrechts.▪ August 2006: Praktikum bei der RWA AG Wien (1100 Wien) im Bereich Rechtsabteilung/Vorstand.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Juli 2007: Praktikum bei der RWA AG Wien (1100 Wien) im Bereich Rechtsabteilung/Vorstand. ▪ September 2007 – Mai 2008: Gerichtsjahr am Bezirksgericht Donaustadt (1220 Wien) und am Kartellgericht (OLG, 1010 Wien). ▪ März 2009 – Februar 2010: Rechtsanwaltsanwärter bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati (CHSH, 1010 Wien) in den Bereichen Wettbewerbsrecht, M&A und Gesellschaftsrecht: <ul style="list-style-type: none"> ○ Beratung internationaler Unternehmensgruppen in Bezug auf komplexe wettbewerbsrechtliche Fragestellungen, unter anderem auch die Übernahme von Austrian Airlines durch Lufthansa; ○ Vertretung vor den österreichischen und europäischen Behörden im Rahmen von Kartell- und Zusammenschlussrechtsfällen; ○ Betreuung und Koordinierung diverser Transaktionen hinsichtlich gesellschaftsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen im zentral- und osteuropäischen Raum, insbesondere in Ungarn, der Slowakei, Serbien, Rumänien und Weißrussland.
Publikationen	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Kofler-Senoner, Bernhard / Koger, Arnold</i>: Beschränkungen des Internetvertriebs bei selektiven Vertriebssystemen, OZK 2009, 184 (Wien, 2009); ▪ <i>Koger, Arnold / Kukuruzin, Vladimir / Makarchuk Sergei</i>: Antimonopol’noe regulirovanie v Avstrii i Belarusi [Das Wettbewerbsrecht in Weißrussland und Österreich], Consultant Plus [Weißrussische Rechtsdatenbank] (Minsk, 2009).
Interessen	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Reisen, Sprachen ▪ Joggen, Badminton, Squash, Skifahren, Fussball ▪ Musik, Kino, Literatur ▪ EDV
Sprachen	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Deutsch (Muttersprache) ▪ Französisch (Muttersprache) ▪ Englisch auf sehr gutem Niveau ▪ Spanisch auf gutem Niveau ▪ Arabisch auf grundlegendem Niveau