

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2018

04

205 – 252

Lebensmittel im Lauterkeits- und Markenrecht

**Blickfangjudikatur und der mündige Verbraucher im
Lebensmittelrecht** *Andreas Natterer und Iliyana Sirakova* ☎ 208

Markenrecht und Dual-Quality
Barbara Kuchar ☎ 214

Beitrag

**BKA/BWB: Leitfaden zur Transaktionswert-Schwelle für
Zusammenschlüsse** *Dieter Hauck* ☎ 217

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ☎ 222

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ☎ 224

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ☎ 228

Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren ☎ 230

Leitsätze

Nr 22 – 26 ☎ 231

Rechtsprechung

**Einkaufszentrum Verkaufsfläche – Beweislast beim Vorwurf
des Rechtsbruchs** *Martina Grama* ☎ 235

Mozartkugeln – Vertrieb ähnlich verpackter Mozartkugeln
Dominik Hofmarcher ☎ 238

Doceram – kein Musterschutz bei technischer Bedingtheit
Bernd Terlitza ☎ 241

Durchführungsverbot – Zeitpunkt Zusammenschluss-Durchführung
Raoul Hoffer ☎ 244

**Klausel Amazon – Urheberrecht an Inhalten auf Website des
Versandhändlers** *Christian Handig* ☎ 249

ÖBL 2018/75

§ 9 Abs 1 Z 2,
§ 17 Abs 1 KartG

OGH als KOG
17. 12. 2017,
16 Ok 2/17 f
(OLG Wien als KG
24 Kt 9/16 b),
ECLI:AT:
OGH0002:2017:
01600K00002.
17F.1207.000

Durchführungs-
verbot

Der OGH legt den Zeitpunkt des Zusammenschlusses fest, der einer Anmeldung bedarf, und zeigt in einem Einzelfall Milde bei der Beurteilung der Strafwürdigkeit.

→ Der Zeitpunkt der Zusammenschluss-Durchführung

§ 17 KartG verbietet die Durchführung eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses vor dessen Genehmigung. Die Durchführung setzt bereits mit dem Zeitpunkt der Möglichkeit von wirtschaftlicher Einflussnahme des Erwerbers ein. Auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Einflussnahme kommt es nicht an. Die Geldbuße ist eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter. Ist das Verschulden im Einzelfall

Sachverhalt:

Die AG und die S waren bis Oktober 2014 zu jeweils 50% Gesellschafter der Zielgesellschaft (ZG).

Die S geriet 2013 in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Um den Bestätigungsvermerk für den Jahresabschluss 2012 zu erhalten, ersuchte die S die AG, sie möge ihr Kaufinteresse an der Beteiligung der S an der Zielgesellschaft durch ein verbindliches Übernahmeangebot mit einer längerfristigen Bindungsdauer bis April 2015 dokumentieren. Die S wollte das Angebot nur annehmen, wenn die finanziellen Schwierigkeiten nicht auch ohne Verkauf ihres Geschäftsanteils bewältigt werden konnten.

Bei der Errichtung des Anbotes am 30. 10. 2013 wurde die Frage einer Überschreitung der Umsatzschwellen des § 9 Abs 1 Z 2 KartG nicht erörtert. Tatsächlich wurden die maßgeblichen Umsatzschwellen

als äußerst gering einzustufen und besteht keine spezialpräventive Notwendigkeit, kann von der Verhängung einer Geldbuße gänzlich abgesehen werden. Das freiwillige Unterlassender wirtschaftlichen Einflussnahme – trotz der bestehenden Möglichkeit – und das Ausmaß der wirtschaftlichen Relevanz der Transaktion spielen hierbei eine entscheidende Rolle.

im Jahr 2012 bei Weitem nicht erreicht; eine Überschreitung war auch im Jahr 2013 nicht absehbar.

Schon bei der Abgabe des Anbotes war die AG aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Situation (Dirimierungsrecht bei den mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlüssen sowie im Aufsichtsrat, Personalunion des Geschäftsführers der ZG und der AG) in der Lage, das Tagesgeschäft zu beeinflussen und Entscheidungen des Mitgesellschafters zu blockieren und in gewissem Umfang gegen dessen Willen im Aufsichtsrat und in der Generalversammlung durchzusetzen.

Im Oktober 2014 beabsichtigte die S, das Angebot anzunehmen, was die AG erst unmittelbar vor der Errichtung der Annahmeerklärung (Notariatsakt vom 23. 10. 2014) erfuhr, die ihr zeitnahe zugestellt wurde. Die Rechtsvertreter der S hatten damals von sich aus einen Antrag auf Eintragung einer Gesellschafteränderung im Firmenbuch des HG Wien vorbereitet, den der Geschäftsführer

der ZG (der auch Geschäftsführer der AG war) unterschrieb. Am 6. 11. 2014 wurde der Firmenbuchantrag beim Firmenbuch eingebracht und die Änderung dort am 29. 11. 2014 eingetragen. Kartellrechtliche Fragen wurden aus diesem Anlass nicht erörtert.

Nach Erhalt der Annahmeerklärung überwies die AG den Kaufpreis an die S. Bei der ZG kam es zu keinen Änderungen im operativen Geschäft oder den langfristigen strategischen Planungen gegenüber der bisherigen Praxis. Es gab keine Informationen an Dritte über die Fusion, und es wurden auch keine Gesellschafterversammlungen abgehalten oder Gesellschafterbeschlüsse im Umlaufverfahren gefasst.

Am 26. 11. 2014 fand in der Kanzlei der AG-Vertreter eine Besprechung mit Repräsentanten der AG statt. Dabei sollten gesellschaftsrechtliche Maßnahmen zur Umsetzung des durch die Annahmeerklärung der S zustande gekommenen Abtretungsvertrags, insb Änderungen im Aufsichtsrat und eine Änderung des Gesellschaftsvertrags, besprochen werden. Der AG-Vertreter wies darauf hin, dass seiner Meinung nach zu prüfen sei, ob der Abtretungsvertrag bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) als Zusammenschluss angemeldet werden müsse; erst dann dürften die beabsichtigten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen durchgeführt werden. In den Tagen nach dieser Konferenz wurden auf Grundlage des Beratungsgesprächs die Inlandsumsätze durch die AG und die M & A Abteilung am Sitz ihrer dt Konzernmutter unter Einbeziehung der von europäischen Konzernunternehmen erzielten Umsätze mit österr Abnehmern geprüft; gleichzeitig wurde die Anmeldung bei der BWB vorbereitet. Auch Umsätze außereuropäischer Konzernunternehmen mit österr Gesellschaften (oder mit ausländischen Gesellschaften, die eine Leistungserbringung in Österreich veranlasst hatten) wurden ermittelt. Dazu musste (weil die Überschreitung der Schwelle für Inlandsumsätze nicht eindeutig war) bei allen internationalen Beteiligungsgesellschaften auch ein von der Rechnungsadresse abweichender Ort der Leistungserbringung abgefragt werden. Parallel dazu wurde die Zusammenschlussanmeldung fertiggestellt, die der BWB schließlich am 9. 12. 2014 überreicht wurde. Dass die maßgebliche Umsatzschwelle des § 9 Abs 1 Z 2 KartG 2005 tatsächlich überschritten wurde (insb durch die Einrechnung von im Jahr 2013 erwirtschafteten Umsätzen außereuropäischer Konzerngesellschaften mit österr Abnehmern), konnte erst unmittelbar vor der Fertigstellung der Anmeldung festgestellt werden.

Am 12. 12. 2014 fand eine Aufsichtsratssitzung der ZG statt, bei der alle Mitglieder des Aufsichtsrats anwesend waren. Dabei erörterte der Aufsichtsratsvorsitzende insb, dass die Entscheidung der Kartellbehörde abgewartet und erst dann die weiteren Schritte (zB Änderung des Gesellschaftsvertrags, Auflösung des Aufsichtsrats, abschließende Sitzung usw) in Angriff genommen werden sollten.

Im gesamten Zeitraum zwischen Bekanntwerden der Annahmeerklärung und der kartellrechtlichen Freigabe des Zusammenschlusses setzte die AG keine Handlungen, mit denen die mit dem Abtretungsvertrag erworbenen Kontrollrechte über die ZG tatsächlich ausgeübt wurden. Ebenso wenig nahm sie in ande-

rer Weise als Alleingesellschafterin auf die Geschäftstätigkeit oder Unternehmensplanung der ZG über jenes Maß hinaus Einfluss, wie sie dies schon vor dem Übernahmeangebot getan hatte.

Am 29. 12. 2014 teilte die BWB der AG mit, dass sie prüfen werde, ob der Zusammenschluss verboten durchgeführt worden sei, weil er wohl schon mit der Annahme des Übernahmeangebots durch die S am 23. 10. 2014 bzw spätestens mit der Zustellung der Annahmeerklärung an die AG wenige Tage später zustande gekommen sei.

Am 8. 1. 2015 wurde den Zusammenschlusswerbern mitgeteilt, dass weder der Bundeskartellanwalt noch die BWB einen Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses vor dem KG stellen werden (Erklärung gem § 11 Abs 4 KartG 2005).

[Anträge und Verfahrensverlauf]

Die BWB beantragt die Verhängung eines angemessenen Bußgeldes über die AG, weil sie den am 9. 12. 2014 bei der BWB angemeldeten Zusammenschluss durch Vornahme einer Firmenbucheintragung zur Änderung der Beteiligungsverhältnisse an der ZG bereits vor der Anmeldung des Zusammenschlusses bei der BWB und vor Wegfall des Durchführungsverbots am 8. 1. 2015 durchgeführt und damit für diesen Zeitraum gegen § 17 KartG verstoßen habe.

Das Vollzugsverbot nach § 17 KartG solle eine mögliche Untersagungsentscheidung leichter durchsetzbar machen und Schwierigkeiten bei nachträglichen Rückänderungen vermeiden. Es seien somit keine Handlungen erlaubt, die das Vorhaben in Gang setzten oder umsetzten. Trotz der nur deklarativen Bedeutung der Firmenbucheintragung eines Eigentümerwechsels bei einer GmbH hätte (aufgrund der Öffentlichkeit des Firmenbuchs und unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes) die Übertragung der Geschäftsanteile nicht angemeldet werden dürfen. Das Verhalten der ZG sei dem erwerbenden Unternehmen zuzurechnen, zumal das zu bewertende Verhalten seinen Ursprung im Zusammenschluss gehabt habe. Außerdem sei die AG Rechtsnachfolgerin des Zielunternehmens.

Die AG hielt dem entgegen, dass die Firmenbucheintragung der Änderung im Stand der Gesellschafter nach § 26 GmbHG das Durchführungsverbot nicht verletzt habe, weil sie den Zusammenschlussvertrag iSd § 17 KartG nicht vollzogen und sich auch auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht ausgewirkt habe. Kartellrechtlich sei entscheidend, ob der Erwerber Handlungen setze, die die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt tatsächlich beeinflussten oder zumindest dazu geeignet seien. Das sei nicht der Fall, solange der erwerbende Gesellschafter sein Stimmrecht nicht ausübe, insb weil die Änderung im Stand der Gesellschafter materiell auf die Rechtsposition des neuen Gesellschafters schon abstrakt keinen Einfluss habe. Die Firmenbucheintragung eines Eigentümerwechsels einer GmbH habe nur deklarative Bedeutung. Weder hänge der wirksame Erwerb eines Geschäftsanteils von der Eintragung im Firmenbuch ab, noch verschaffe die Firmenbucheintragung eines Gesellschafters das Eigentum am Geschäftsanteil. →

Die ZG sei nicht Partei des Zusammenschlussvertrags, sei nicht zur Anmeldung berechtigt und unterliege nicht dem Durchführungsverbot. Eine Handlung der ZG könne das Durchführungsverbot nicht verletzen, auf die Rechtsnachfolge komme es rechtlich nicht an. Da die AG schon vor dem strittigen Anteilserwerb in der Lage gewesen sei, strategische Entscheidungen des anderen Gesellschafters zu verhindern, habe sie bereits damals die alleinige negative Kontrolle über die ZG besessen.

Das KG wies den Geldbußeanspruch ab. Die AG habe das Durchführungsverbot des § 17 KartG 2005 nicht verletzt, weil die Firmenbucheintragung zur Änderung der Beteiligungsverhältnisse nur deklarativ wirke und die AG nach der Annahme ihres Anbots die erworbenen Stimmrechte bis zur Freigabe des Zusammenschlusses nicht ausgeübt habe. An der „Strafbarkeit“ mangle es überdies wegen der Kürze des vorgeworfenen „Deliktzeitraums“, wegen der offensichtlichen Untersagungsferne des Zusammenschlusses, mangels groben Verschuldens und mangels einer Bereicherung der AG sowie auch deshalb, weil die AG den Zusammenschluss schließlich aus eigenem angemeldet habe. Ob der Wechsel von der negativen zur positiven alleinigen Kontrolle überhaupt ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss gewesen sei, könne daher dahingestellt bleiben.

Der OGH gab dem Rekurs der BWB nicht Folge.

Aus der Begründung:

Vorauszuschicken ist, dass nach dem gem § 38 KartG im Kartellverfahren anzuwendenden AußStrG der Begriff der Neuerungen nur neue Tatsachen oder Beweismittel umfasst (§ 49 AußStrG), nicht dagegen – wie hier – neue rechtliche Argumente auf Basis des bereits in erster Instanz vorgebrachten Tatsachensubstrats. Ein Verstoß gegen das Neuerungsverbot ist der BWB daher nicht vorzuwerfen.

[I. Zur „Durchführung“ eines Zusammenschlusses]

I.1. Zutreffend ist die Auffassung der BWB, dass ein Zusammenschluss in Form eines Unternehmens-, Rechts- oder Anteilserwerbs schon dann „durchgeführt“ (§ 17 Abs 1 KartG) wird, wenn der Zusammenschlusstatbestand so weit verwirklicht ist, dass er dem Erwerber die Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme eröffnet; auf den Zeitpunkt der ersten tatsächlichen Einflussnahme kommt es in diesem Zusammenhang hingegen nicht an.

I.2. Nach § 17 KartG darf ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss erst dann durchgeführt werden, wenn die Amtsparteien auf einen Prüfungsantrag verzichtet bzw einen solchen Antrag nicht gestellt haben. Eine Legaldefinition des Begriffs „Durchführung“ enthält das Gesetz allerdings nicht.

Demgegenüber definierte der bis 31. 12. 1999 in Geltung stehende § 42 Abs 1 a KartG 1988 einen Zusammenschluss als zustande gekommen, „wenn die wirtschaftliche Einflussmöglichkeit gegeben“ war (siehe dazu auch *Kofler-Senoner*, Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“? RdW 2006, 619 [620]).

I.4. In der Literatur vertraten *Köck* (Kartellgesetznovelle 1993: Die neue Zusammenschlusskontrolle, *ecolex* 1993, 607) und *Koppensteiner* (Österreichische und eu-

ropäisches Wettbewerbsrecht³ [1997] § 13 Rz 44 und 64) zur alten Rechtslage die Ansicht, mit „Zustandekommen und Durchführung“ sei das Herstellen der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit gemeint. Das Abstellen auf das erste tatsächliche Ausnutzen der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit sei nicht gangbar.

Auch *Wessely* (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle [1995] 121 ff) empfahl, bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen sämtliche Verträge aufschiebend bedingt abzuschließen.

Barfuß/Wollmann/Tahedl (Österreichische Kartellrecht [1996] 129) hielten dem entgegen, dass man ausgehend vom Zweck der Regelung des § 42 Abs 1 a KartG 1988 darauf abstellen solle, wann vom beherrschenden Einfluss, der den Kern des fraglichen Zusammenschlusses ausmache, erstmals in einer die Wettbewerbsverhältnisse berührenden Weise Gebrauch gemacht werde.

Zum KartG 2005 vertreten *Hoffer* (KartellG, 200) und *Reidinger/Hartung* (Das österreichische Kartellrecht³ 204) sowie *Krenn* (Gun Jumping im österreichischen und europäischen Kartellrecht, ÖZK 2011, 183) die Auffassung, relevanter Zeitpunkt für die Durchführung eines Zusammenschlusses sei jener der Erlangung des wirtschaftlichen Einflusses; nach diesen Autoren genügt demnach schon die (rechtliche) Möglichkeit der Einflussnahme auf die Marktstätigkeit des erworbenen Unternehmens.

Urlesberger (in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG 2005² § 17 Rz 5 ff), *Kofler-Senoner* (Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“? RdW 2006, 622) und *Röper* (Das Share Purchase Agreement und der Zeitpunkt der kartellrechtlichen Durchführung, RdW 2009, 455) vertreten dem gegenüber, dass auf die tatsächlichen Handlungen des Erwerbers abzustellen sei, die sich auf die Marktverhältnisse auswirken müssten. Das Zusammenschlussrecht bezwecke die präventive Kontrolle und solle insb verhindern, dass durch tatsächliche Handlungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Änderungen der Marktstruktur bewirkt würden.

Auch *Gugerbauer* (KartG³ § 17 Rz 8 f) meint, dass das kartellrechtliche Durchführungsverbot auf die tatsächliche Ausübung einer Beherrschung abziele, erachtet allerdings einen Antrag an das Firmenbuchgericht vor Ablauf des Durchführungsverbots ausdrücklich als Durchführungshandlung.

I.5. Auch im europäischen Fusionsrecht darf ein Zusammenschluss nach Art 7 FKVO grundsätzlich weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist; auch dieses Verbot ist geldbußenbewehrt (Art 14 Abs 2 lit b FKVO). Der Begriff des Vollzugs wird auch vom europäischen Gesetzgeber nicht definiert.

Im Schrifttum werden als typische Vollzugshandlungen etwa Einwirkungen auf die Unternehmensführung des Zielunternehmens genannt, aber auch faktische Vollzugsmaßnahmen (etwa durch organisatorische Zusammenführung der einzelnen Unternehmen, gemeinsame Geschäftsaktivitäten, Abstimmung und Anpassung von Produkten, beim Marketing oder bei Absatzbemühungen). Auch der dingliche Erwerb von Vermögensgegenständen (etwa bei einem „Asset-Deal“) deutet auf Vollzugshandlungen hin. Letztlich könnten auch strukturelle Maßnahmen (wie die Vermischung der Ver-

mögensgegenstände der beteiligten Unternehmen) gegen das Vollzugsverbot verstoßen (*Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³ FKVO Art 7 Rz 5).

Nach *Maass* (in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² Art 7 FKVO Rz 10f) umfasse das Vollzugsverbot alle Handlungen, denen das Potential innewohnt, die Kontrolle über ein anderes Unternehmen zu erlangen, sei es in rechtlicher Weise oder rein tatsächlich. Auf die Absichten der Beteiligten komme es dabei nicht an. Der Erwerber dürfe insb keine strategischen Entscheidungen im Zielunternehmen treffen, kein Führungspersonal bestellen oder eigene Mitarbeiter integrieren und den Wettbewerb zwischen den Unternehmen nicht einschränken, weshalb insb Kundenbeziehungen abgeschirmt bleiben müssten. Zulässig seien alle Vorbereitungshandlungen, die für die spätere Durchführung des Zusammenschlusses notwendig seien, wie zB notarielle Beurkundungen oder Gründungsakte. Rein schuldrechtliche Vertragsbeziehungen seien in der Regel kein Vollzug, soweit sie nicht faktisch dazu führten, dass der Erwerber Einfluss auf die strategischen Entscheidungen nehmen könne.

Auch nach *Körper* (in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht I⁵ Art 7 FKVO Rz 7 ff) fallen unter Vollzug alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die zur Verwirklichung des Zusammenschlusses führen. Während bloße Vorbereitungshandlungen erlaubt seien, sei alles verboten, was sich auf die Marktstruktur und das Wettbewerbsverhalten auswirke. Die im dt Rechtsbereich bekannte Abgrenzung zwischen Kausal- und Erfüllungsgeschäft könne demnach insoweit fruchtbar gemacht werden, dass die dingliche Übertragung des Unternehmens oder der Anteile aufschiebend bedingt vorgesehen werde. Der nicht unter eine solche Bedingung gestellte Erwerb einer die Kontrolle begründenden Mehrheit sei aber grundsätzlich eine Vollzugshandlung iSd Art 7 FKVO.

Wessely (in Münchener Kommentar I² Art 7 FKVO Rz 34) legt dar, dass das Vollzugsverbot als abstrakter Gefährdungstatbestand anzusehen sei, dessen Anwendung nicht davon abhängt, ob es im Einzelfall tatsächlich zu einer Gefährdung der Schutzgüter komme. Zu unterscheiden seien vier Fallgruppen von unzulässigen Vollzugshandlungen: 1. der Vollzug im juristischen Sinn, 2. die vorzeitige Unternehmensführung im Zielunternehmen, 3. faktische Vollzugsmaßnahmen und 4. unzulässige Koordination sowie Informationsaustausch. Der Vollzug im rechtlichen Sinn bestehe in der Herbeiführung des Kontrollenerwerbs entweder durch Eigentumsübertragung beim *Asset-Deal* oder der Übertragung von Gesellschaftsanteilen und Gesellschafterrechten beim Anteilskauf. Erfolge der Kontrollenerwerb in mehreren Teilschritten, seien alle juristischen Teilschritte, die noch nicht zum Kontrollenerwerb für die betreffenden Anteile und damit verbundenen Rechte führten, kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot. Anderes gelte, wenn mit dem fraglichen Teilschritt bereits ein rechtlicher oder faktischer Einfluss auf die ZG einhergehe (Rz 47).

Ablasser-Neuhuber (in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht³ Art 7 FKVO Rz 5) weist unter Bezug auf die Entscheidung der Kommission vom 23. 7. 2014, IV/M.7184, *Marine Harvest/Morpol*, Rz 80 darauf hin, dass schon die Erlangung der bloßen Mög-

lichkeit der Kontrollausübung ausreiche und nicht etwa durch einen freiwilligen Verzicht auf die Ausübung der Stimmrechte verhindert werden könne. Die Kommission qualifiziere schon die Erlangung der bloßen Möglichkeit der Kontrolle als Vollzugshandlung.

1.6. Der Senat hält jene Auffassung im Schrifttum für überzeugend, die die Durchführung eines Zusammenschlusses bereits mit der Möglichkeit der Einflussnahme einsetzen lässt. Dafür spricht vor allem, dass die Aufhebung der ursprünglichen gesetzlichen Definition des „Zustandekommens“ eines Zusammenschlusses noch im Geltungsbereich des früheren KartG 1988 aus völlig anderen Gründen als in der Absicht der Änderung der Rechtslage erfolgt ist (vgl die bei *Auer/Urlesberger*, Kartellrecht⁵ 53 abgedruckten EB 1999). Auch die Mat zu § 17 KartG 2005 (vgl *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht 498) lassen diesbezüglich keinen Änderungswillen des Gesetzgebers erkennen. Auch sprechen der Zweck des Durchführungsverbots (die Wirksamkeit der präventiven Fusionskontrolle zu gewährleisten und vollendete Tatsachen zu verhindern, die bei einer späteren Untersagungsentscheidung nur schwer rückgängig zu machen sind) sowie der Gleichklang mit der praktisch einheitlichen Sichtweise im europäischen Rechtsbereich für diesen Standpunkt.

Richtig ist zwar, dass das österr Durchführungsverbot keine dem Art 7 Abs 2 und 3 FKVO vergleichbaren Ausnahmen vom Durchführungsverbot kennt; diese fehlende Vorsorge für Ausnahmefälle kann aber in Abwägung mit den Gegenargumenten nicht dazu führen, dass in sämtlichen Zusammenschlussfällen der Zweck der Regelung in den Hintergrund gedrängt wird.

Die von der AG ins Treffen geführte Entscheidung des KG zu 29 Kt 52/13 führt schon deshalb zu keinem anderen Ergebnis, weil Gegenstand dieser Entscheidung offensichtlich eine zuvor ausgehandelte Geldbuße für den unstrittigen Verstoß gegen das Durchführungsverbot war und daher dort die Frage, ob diesem Verbot allenfalls auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt zuwidergehandelt wurde, nicht beantwortet werden musste.

Ähnliches gilt auch für die Entscheidung des KG zu 25 Kt 257, 367/99: Auch dort war es bereits zu faktischen Durchführungshandlungen gekommen, sodass der (unter Bezug auf *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichische Kartellrecht 129) aufgenommene Hinweis, dass (erst) dadurch die Durchführung des Zusammenschlusses eingetreten sei, letztlich obiter erfolgt ist, weil ein Verstoß allein durch die Möglichkeit der Einflussnahme nicht mehr beurteilt werden musste.

1.7. Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass die AG dadurch gegen das Durchführungsverbot des § 17 Abs 1 KartG 2005 verstoßen hat, dass sie die Annahme ihres Übernahmeangebots durch die S nicht sofort nach Kenntnis der Annahmeerklärung als Zusammenschlussvorhaben bei der BWB angemeldet hat (§ 10 KartG 2005).

[II. Zur Strafwürdigkeit des Verhaltens]

Dem KG ist allerdings darin zuzustimmen, dass kein „strafwürdiges Verhalten“ vorliegt.

II.1. Die Geldbuße nach der KartGNov 2002 ist nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung eine Sanktion

mit strafrechtsähnlichem Charakter. Von der Verhängung einer Geldbuße ist daher – in Analogie zu § 42 StGB (nunmehr § 191 Abs 1 StPO) und § 21 Abs 1 VStG – abzusehen, wenn das Verschulden des Betroffenen geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind (16 Ok 52/05) und eine Bestrafung weder aus spezial- noch aus generalpräventiven Gründen erforderlich ist (RIS-Justiz RS0120560).

II.2. Nach dem festgestellten Sachverhalt bestand hier im Zeitpunkt der Abgabe des Übernahmeangebots durch die AG schon im Hinblick auf die Umsatzschwellen keine Notwendigkeit, ihr Offert unter die Bedingung einer kartellrechtlichen Erlaubnis zu stellen. Von der tatsächlichen Annahme des Angebots durch die Verkäuferin rund ein Jahr später wurde die AG erst unmittelbar vor dem Formalakt informiert und hatte daher kaum Vorbereitungs- und Reaktionszeit. Die Anmeldung zum Firmenbuch wurde darüber hinaus von den Rechtsvertretern der Verkäuferin betrieben und war daher für die AG nicht unmittelbar zeitlich kontrollierbar. Dazu kommt, dass es zeitaufwendiger Nachforschungen bedurfte, ob das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die erreichten Umsatzschwellen überhaupt anmeldepflichtig war (vgl zudem zur Anmeldebedürftigkeit im Hinblick auf den Kontrollwechsel auch 16 Ok 7/07), was insgesamt dazu führte, dass die Anmeldung erst rund sechs Wochen nach dem Zugang der Annahmeerklärung und etwa zwei Wochen nach der Eintragung der Änderung im Firmenbuch erfolgte.

Dazu kommt, dass die AG im Hinblick auf die unklare Rechtslage freiwillig und ausdrücklich darauf verzichtet hat, vor der Freigabe des Zusammenschlussvorhabens eine (den neuen Beteiligungsverhältnissen entsprechende) Einflussnahme auf die ZG auszuüben. Schließlich war der Zusammenschluss im Ergebnis wirtschaftlich von so untergeordneter Relevanz, dass er von beiden Amtsparteien ohne Weiteres „durchgewinkt“ wurde. Angesichts dieser besonderen Umstände des Einzelfalls ist das Verschulden der AG als äußerst gering einzustufen, die Folgen der nur geringfügig verspäteten Anmeldung fallen nicht ins Gewicht, und es besteht daher aus spezialpräventiver Sicht keinerlei Notwendigkeit einer Geldbuße.

II.3. Richtig verweist die BWB darauf, dass Verstöße gegen das Kartellrecht nach der Rsp des Senats keine „Kavaliersdelikte“ sind; daran ist aus generalpräventiven Gründen auch ausdrücklich festzuhalten.

In den dazu ergangenen Entscheidungen bestand allerdings eindeutige Anmeldepflicht eines internationalen Zusammenschlusses auch in Österreich und spezifische kartellrechtliche Beratung (16 Ok 2/13), bzw wurde (trotz ausdrücklicher Zusage gegenüber der BWB) monatelang keine Anmeldung eines bereits Jahre zuvor erfolgten Zusammenschlusses durchgeführt, sondern erst unter dem Druck eines Geldbußenantrags (16 Ok 3/15z). Von vergleichbaren Umständen ist der hier zu beurteilende Sachverhalt allerdings weit entfernt, weshalb nach den hier gegebenen besonderen Umständen des Einzelfalls die Verhängung einer Geldbuße nicht erforderlich ist.

Anmerkung:

In der vorliegenden Entscheidung finden sich zwei wesentliche Elemente. Das erste ist eine schon lange erwartete und wichtige Klarstellung. Das KOG hat nun endgültig festgestellt, dass schon das Erlangen einer entsprechenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit auf ein Unternehmen einen Zusammenschlusstatbestand darstellt und nicht erst die tatsächliche Ausübung von sich daraus ergebenden Rechten. Das ist bisher in der Literatur unterschiedlich diskutiert worden.

Im vorliegenden Fall ging es um den Erwerb von Gesellschaftsanteilen – schon dieser ist damit ausschlaggebend und nicht erst die Ausübung der Gesellschafterrechte (zB durch einen Gesellschafterbeschluss). Das ist auch insofern konsequent, als ansonsten die Zielgesellschaft zwischen dem Erwerb der Anteile durch den neuen Eigentümer und der tatsächlichen Ausübung der Einflussrechte zusammenschlussrechtlich niemandem zuzuordnen wäre (der Veräußerer besitzt die Anteile nicht mehr und der Erwerber hätte die Rechte aus diesen noch nicht ausgeübt)! Es ist erfreulich, hier nun eine klare Aussage des KOG zu haben.

Der zweite nicht unwesentliche Punkt in dieser Entscheidung ist, dass das KOG für die Frage, ob überhaupt eine Geldbuße zu verhängen ist (dh nicht nur für die Bestimmung der Höhe der Geldbuße), die Strafwürdigkeit des Verhaltens heranzieht. Zumal in diesem besonderen Fall kumulativ mehrere Komponen-

ten zusammengekommen sind, die die Strafwürdigkeit als äußerst gering erscheinen lassen, hat das KOG von der Verhängung einer Geldbuße zur Gänze abgesehen. Das ist angesichts des strafrechtsähnlichen Charakters von kartellrechtlichen Geldbußen durchaus nachvollziehbar, wenn auch nach der bisherigen Rsp nicht selbstverständlich. In der Vergangenheit hatte man oft das Gefühl, dass die Vorwerfbarkeit von kartellrechtswidrigem Verhalten quasi bei jedem Verstoß angenommen wurde. Oft wurde in der Judikatur festgehalten, dass Unternehmen eben entsprechend disponieren müssten und daher nicht vorbringen könnten, dass sie die betreffenden kartellrechtlichen Regeln nicht gekannt hätten. Es wurde daher üblicherweise zumindest Fahrlässigkeit vermutet.¹⁾

An der vorliegenden Entscheidung ist weiters nicht nur interessant, dass der Verschuldensgrad auch einmal Null sein kann, sondern dass dazu auch maßgeblich die Nichtausübung der Einflussrechte beigetragen hat. Sozusagen über diesen Umweg hat daher die Argumentation der AG doch gefruchtet. Zumal die Geldbuße die wesentliche Sanktion im Falle eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot darstellt, ist damit für die beteiligten Unternehmen viel gewonnen.

Die zweite kartellrechtliche Konsequenz einer Bejahung des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot –

1) Siehe etwa KOG 27. 6. 2013, 16 Ok 2/13, wo Kenntnisse der Zusammenschlusskontrolle von einem weltweit tätigen Unternehmen vorausgesetzt wurden.



namentlich, dass gem § 17 Abs 3 KartG eine Unwirksamkeit der verstoßenden Verträge vorgesehen ist („Verträge sind unwirksam, soweit sie dem Durchführungsverbot widersprechen“) – wäre in diesem konkreten Fall ohnedies durch die nachträglich durchgeführte Anmeldung abgedeckt. Denn nach der wohl richtigen Literaturmeinung handelt es sich hierbei nur um eine „schwebende Unwirksamkeit“, die durch die nachträgliche Freigabe des Zusammenschlusses ex tunc wegfällt.²⁾

Ein zusätzliches Thema, das vom KG erwähnt wurde, ist, dass die übernehmende Gesellschaft bereits vor Erwerb der zusätzlichen Gesellschaftsanteile gewisse Einflussrechte über die ZG gehabt habe. Die AG hatte das „negative“ Kontrolle genannt und das KG daher erwogen (aber nicht weiter ausgeführt), ob bei einem Wechsel von negativer zu positiver Kontrolle überhaupt ein neuer Zusammenschlusstatbestand vorliegen würde. Dem ist entgegenzuhalten, dass negative Kontrolle nach der klassischen Auslegung dieses Begriffs in einem Zwei-Gesellschafterverhältnis, wie in diesem Fall, rein konzeptuell keinen Platz hat.³⁾ In einer solchen Konstellation ist nur entweder gemeinsame Kontrolle oder (positive) alleinige Kontrolle denkbar.

Das KOG hat sich daher in zutreffender Weise mit diesem Argument nicht weiter auseinandergesetzt, zumal es offensichtlich annahm, dass hier der Erwerber ursprünglich entweder keine, alleinige oder aber nur gemeinsame Kontrolle besaß.

Es sei jedoch angemerkt, dass auch im Fall des Vorliegens von negativer Kontrolle eine Verstärkung derselben zu positiver Kontrolle wohl tatsächlich keinen zusätzlichen Zusammenschlusstatbestand darstellen würde. Denn nach der bisherigen Praxis wird lediglich zwischen keiner Kontrolle, gemeinsamer Kontrolle oder alleiniger Kontrolle unterschieden. Hier eine zusätzliche Differenzierung zwischen alleiniger negativer Kontrolle und alleiniger positiver Kontrolle anzunehmen, wäre wohl auch in Hinsicht auf die taxativ aufgezählten Zusammenschlusskategorien des KartG problematisch. Dort und auch in der FKVO ist eine derartige Unterscheidung nicht vorgesehen. Gegen die Ein-

führung eines neuen Zusammenschlusstatbestands aufgrund der „Qualität“ der alleinigen Kontrolle spricht auch, dass in der Judikatur schon vor längerer Zeit festgehalten wurde, dass bei bloßer Minderheitsbeteiligung über eine Gesellschaft (zB aufgrund vertraglicher Regelungen) bereits alleinige Kontrolle bestehen kann und die spätere Erhöhung der Beteiligung auf über 50% oder auf 100% keinen neuen Zusammenschlusstatbestand mehr darstellt.⁴⁾ Das ist auch die richtige Auffassung, da man ansonsten zu einer Vielzahl von sehr schwer abgrenzbaren Zusammenschlusstatbeständen käme. Die wohl zutreffende Auffassung ist somit, dass zwischen negativer und positiver alleiniger Kontrolle hier nicht weiter zu differenzieren ist.

Insgesamt bringt die Entscheidung daher einerseits eine erfreuliche Entwicklung iSd Rechtssicherheit. Für betroffene Unternehmen bedeutet das allerdings in Zukunft größere Vorsicht, da nun endgültig klar ist, dass bereits der Erwerb der Kontroll- bzw Einflussmöglichkeit erst nach der zusammenschlussrechtlichen Freigabe erfolgen darf.

Raoul Hoffer, Rechtsanwalt,
BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH, Wien



2) Siehe *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² (2016) § 17 Rz 31; *Wessely*, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) 118; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht³ (2017) 65. Dies steht wiederum in Einklang mit der Konzeption der FKVO, deren Art 7 Abs 4 schwebende Unwirksamkeit bis zur Genehmigung indiziert („Die Wirksamkeit ist [von einer Freigabe] abhängig“), siehe *Swoboda*, Eine Reminiszenz zur FKVO 2004, ZfRV 2016, 87.

3) Negative Kontrolle wäre gegeben, wenn ein einzelner Gesellschafter zwar Beschlüsse seiner weiteren Minderheitsgesellschafter blockieren, jedoch alleine keine geschäftlichen Entscheidungen im Unternehmen fällen kann. Das klassische Beispiel ist ein Beteiligungsverhältnis von 50% zu 25% zu 25%, wobei dann der 50% Gesellschafter negative Kontrolle hätte. Im Fall von zwei Gesellschaftern handelt es sich bei einer gegenseitigen Vetomöglichkeit (typisch bei 50% zu 50%) aber um gemeinsame Kontrolle. Vgl zu den einzelnen Beherrschungsgraden *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² § 7 Rz 80 ff.

4) Vgl etwa KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 16/04, *Brauerei Schladming*, wo eine Erhöhung der Beteiligung von 33% auf 90% des Stammkapitals nach durch Verträge bestehender alleiniger Kontrolle keinen neuerlichen Zusammenschluss begründete.