

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

www.nzkart.de

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Armin Jungbluth

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

Aus dem Inhalt

G. H. Oettinger

Big Data und Wettbewerbsrecht (Editorial) 341

T. Köster

**Vertraulichkeitsverpflichtungen gegenüber Dritten
im Kartellvergleichsverfahren der Kommission 345**

T. Körber

„Ist Wissen Marktmacht?“ – Teil 2 348

M. Welzenbach

Schienenkartell-Entscheidung des LG Potsdam 356

R. Hoffer

Vorlageentscheidung des KOG zur „Teilfunktion“ 363

EuGH

**Lizenzgebührenpflicht bei nichtigem Patent
(Genentech/Sanofi-Aventis) 369**

BGH

Urteile Gemeinschaftsprogramme/NetCologne 371

OLG Düsseldorf

**Zur Rechtmäßigkeit einer Ministererlaubnis
(EDEKA/Tengelmann) 380**

R. Bechtold

**Zum Referentenentwurf für eine 9. GWB-Novelle –
Ein kurzer Überblick 391**



8/2016

S. 341–396 10. August 2016



978370811709

Dr. Raoul Hoffer, Wien*

Gemeinschaftsunternehmen in Österreich – Vorlageentscheidung des KOG zur „Teilfunktion“

Der österreichische Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht („KOG“) hat mit Beschluss vom 31.3.2016 in einem Zusammenschlussverfahren dem EuGH gem. Art. 267 AEUV eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegt.¹ Es geht dabei um die Behandlung von Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen („Teilfunktions-GUs“) nach der Fusionskontrollverordnung („FKVO“).² Zumal dies eine grundsätzliche Frage der Auslegung der FKVO ist, hat dieser Fall nicht nur für Österreich, sondern auch darüber hinaus große Relevanz. Der Fall berührt auch Themen der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und der materiell-rechtlichen Abgrenzung zwischen der Zusammenschlusskontrolle und dem Anwendungsbereich des Kartellverbotes.

I. Einleitung

Die Gründung von GUs ist ein in der Zusammenschlusskontrolle sehr häufig vorkommender Sachverhalt. Sofern dadurch ein Zusammenschlussstatbestand des Art. 3 FKVO verwirklicht wird, ist – bei Erreichen der Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO – die FKVO anzuwenden,³ ansonsten das jeweilige nationale Zusammenschlussrecht. Eine Angleichung der nationalen Fusionskontrolltatbestände an die der FKVO sieht das EU-Recht allerdings grundsätzlich nicht vor. Die EU-Mitgliedstaaten können daher auch von der FKVO verschiedene Fusionskontrolltatbestände vorsehen, sodass eine unterschiedliche Bewertung ein und desselben Sachverhaltes möglich ist. Diese potentiellen Unterschiede wurden jedoch teilweise durch freiwillige inhaltliche Angleichungen der nationalen Fusionskontrolltatbestände an die FKVO aufgehoben. Allerdings sind die Angleichungen in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, so auch in Österreich, nicht durchgängig erfolgt. Der vorliegende Fall zeigt auch dieses Spannungsverhältnis. Ein weiterer bemerkenswerter Umstand ist, dass das KOG das erste Mal in einem Zusammenschlussverfahren ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einleitet. Das ist in diesem Fall begrüßenswert, da es sich um einen durchaus praxisrelevanten Sachverhalt handelt und diese Frage interessanterweise bisher noch keiner allgemeingültigen Lösung auf europäischer Ebene zugeführt wurde. Zudem soll damit ein negativer Kompetenzkonflikt gelöst werden, denn sowohl die Kommission als auch das österreichische Kartellgericht („KG“) bzw. das KOG erachteten sich für unzuständig.

II. Sachverhalt

Der nicht sehr spektakuläre Sachverhalt stellt sich wie folgt dar: Es geht um eine steirische Asphaltmischanlage, die sich im Eigentum eines internationalen Baukonzerns befindet. Es ist geplant, diese Asphaltmischanlage in Zukunft gemeinsam mit einem anderen internationalen Baukonzern zu betreiben. Zu diesem Zweck soll eine gemeinsame Tochtergesellschaft (Beteiligungsverhältnis 50:50) gegründet werden, die das Zielunternehmen von ihrem bisherigen Eigentümer erwerben soll, sodass die beiden Baukonzerne künftig gemeinsame Kontrolle über den Betrieb der Asphaltmisch-

anlage ausüben würden. Die Asphaltmischanlage wird nach Durchführung der Transaktion fast ausschließlich für die Mutterunternehmen tätig sein bzw. fast ausschließlich diese beliefern.

Nach Ansicht des in erster Instanz zuständigen KG ist der gegenständliche Sachverhalt unter kartellrechtlich gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Erwerb einer 50 %-Beteiligung an einem bereits bestehenden Zielunternehmen zu bewerten, wobei der das Target bislang kontrollierende Unternehmer nunmehr mitkontrollierend beteiligt bleibt.⁴ Es würde damit nach Ansicht des KG – je nach Erreichen der Umsatzschwellen – entweder der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Z. 3 KartG (Erwerb einer Beteiligung von 25 % bzw. 50 % oder mehr an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch ein Unternehmen) oder jener des Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO (Erwerb der Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen durch ein oder mehrere Unternehmen) verwirklicht. Da durch die Transaktion die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 bzw. Art. 1 Abs. 3 FKVO überschritten werden, sei der Zusammenschluss bei der Kommission anzumelden. Das unter diesen Voraussetzungen unzuständige KG wies daher den Prüfungsantrag⁵ zurück. Dagegen richtete sich der Rekurs der Zusammenschlusswerberin.⁶

III. Bisheriges Verfahren

Das KOG billigt die Beurteilung des Erstgerichts und nimmt für den vorliegenden Fall eine Anwendbarkeit der FKVO an.⁷

Das Besondere an diesem Sachverhalt ist, dass zuvor in einem Verwaltungsschreiben der zuständigen Dienststelle der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission die Nichtanwendung der FKVO bestätigt wurde.⁸ Demnach lie-

* Dr. Raoul Hoffer ist Partner bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1 KOG, Beschl. v. 31.3.2016, 16 Ok 1/16 g; NZKart 2016, 299. Im Folgenden beziehen sich alle Randnummern ohne weitere Angabe auf diese Entscheidung (beim EuGH als Rs. C-248/16 – *Austria Asphalt* anhängig).

2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 v. 29.1.2004, S. 1.

3 Vgl. Art. 21 FKVO.

4 Vor Rn 1.

5 Unter „Prüfungsantrag“ ist der Antrag der Amtsparteien (Bundeswettbewerbsbehörde bzw. Bundeskartellanwalt) auf gerichtliche Prüfung einer Zusammenschlussanmeldung zu verstehen und nicht die Zusammenschlussanmeldung selbst. Dies ist eine Eigenheit des in Österreich vorherrschenden dualen Systems nach dem KartG mit der Bundeswettbewerbsbehörde bzw. dem Bundeskartellanwalt als Aufgriffs- und Untersuchungsbehörden und dem KG als Entscheidungsbehörde.

6 Da diese nach österreichischem Recht „Gegnerin“ des Prüfungsantrags ist, wird sie in der Entscheidung „Antragsgegnerin“ genannt.

7 Das KG hätte den vorliegenden Sachverhalt unter § 7 Abs. 1 Z. 3 KartG subsumiert, wenn die FKVO nicht anwendbar wäre.

8 Es handelt sich dabei wohl – wie in solchen Fällen üblich – nur um ein Schreiben der zuständigen Dienststelle der GD Wettbewerb, das üblicherweise in einer Pränotifikations-Konsultation ausgestellt wird und daher formal betrachtet die Kommission nicht bindet.

ge kein Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO vor, weil es sich um ein GU handelt, das nicht das Vollfunktionskriterium des Art. 3 Abs. 4 FKVO⁹ erfüllt (Teilfunktions-GU). Das KOG teilt zwar die Einschätzung der Kommission, dass es sich um ein Teilfunktions-GU handle, vertritt aber den Standpunkt, dass sehr wohl ein Zusammenschlusstatbestand nach der FKVO erfüllt sei. Das KOG ist nämlich der Meinung, die Kommission interpretiere den Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 FKVO zu eng, indem es Teilfunktions-GUs davon ausnehme. Insofern kann von einem negativen Kompetenzkonflikt gesprochen werden, da beide möglicherweise zuständigen Behörden ihre Zuständigkeit ablehnen.

Die vorliegende Entscheidung berührt daher mehrere Themenbereiche, die im Folgenden zu erörtern sind: Die entscheidende Frage ist die Einordnung von Teilfunktions-GUs nach der FKVO. Damit zusammen hängt die Lösung eines negativen Kompetenzkonfliktes zwischen nationaler und europäischer Fusionskontrolle. Hinter der Auslegungsfrage steht zudem die materiell-rechtliche Thematik des Verhältnisses von Zusammenschlussrecht und Kartellverbot. Schlussendlich hat das Vorabentscheidungsverfahren auch Auswirkungen auf ein laufendes österreichisches Zusammenschlussverfahren – ein Umstand, dem insbesondere aufgrund der dort geltenden kurzen Fristen Beachtung zu schenken ist.

IV. Auslegung des europäischen Zusammenschlusstatbestandes durch das KOG

1. Argumentation des KOG

Im Lichte des vorliegenden Falles erscheint dem KOG der Zusammenschlusstatbestand der FKVO (Art. 3) auslegungsbedürftig. Konkret geht es dabei um die folgenden Textstellen und ihr wechselseitiges Verhältnis: Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO normiert (verkürzt), dass es einen Zusammenschluss darstellt, wenn ein oder mehrere Unternehmen mittelbar oder unmittelbar Kontrolle über die Gesamtheit oder einen Teil eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben. Art. 3 Abs. 4 FKVO sieht demgegenüber vor, dass die „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens, das alle Eigenschaften einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit aufweist, (auch) einen Zusammenschluss i. S. d. Abs. 1 lit. b darstellt. Im letztgenannten Art. 3 Abs. 4 FKVO wird die Gründung eines sogenannten Vollfunktions-GU beschrieben, das sich (vereinfacht gesagt) dadurch auszeichnet, dass es nicht bloß eine spezifische Funktion für die Muttergesellschaften übernimmt, sondern selbst am Markt präsent ist und ihm dafür auch ausreichende Ressourcen zur Verfügung stehen.¹⁰ Ein GU, das dieses Kriterium nicht erfüllt, weil es z. B. nur für die Mutterunternehmen tätig wird oder nur Hilfsfunktionen für diese erfüllt, wird Teilfunktions-GU genannt. Nach der wohl überwiegenden Entscheidungspraxis der Kommission, wie sie auch in dem verfahrensgegenständlichen Verwaltungsschreiben zum Ausdruck kommt, unterliegt die Bildung eines Teilfunktions-GU nicht der Fusionskontrolle. Dem liegt die Ansicht zugrunde, dass Art. 3 Abs. 4 FKVO die Bildung von GUs abschließend regle und somit auch den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO beschränke. Mit anderen Worten erfülle demnach die Bildung eines GU durch Erwerb von Kontrolle über die Gesamtheit oder einen Teil eines oder mehrerer anderer schon existierender Unternehmen durch mehrere Unternehmen nur dann einen Zusammenschlusstatbestand, wenn es sich dabei um ein Vollfunktions-GU handle.

Die Grundfrage, die das KOG mit Verweis auf unterschiedliche Meinungen in der Literatur aufwirft,¹¹ ist demgegenüber, ob Art. 3 Abs. 4 FKVO tatsächlich den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO einschränkt,¹² oder nicht vielmehr erweitert.¹³ Klärungsbedarf verortet das KOG in diesem Zusammenhang insbesondere bzgl. des Begriffs „Gründung“ in Art. 3 Abs. 4 FKVO, den es in Anbetracht der unten kurz dargestellten Rechtsprechung zum nationalen österreichischen Recht und entgegen der wohl überwiegenden Praxis der Kommission eng auslegt.¹⁴

Das KOG stellt zunächst fest, dass zur Auslegung des Begriffs „Gründung“ und zum Verhältnis der oben angeführten Absätze des Art. 3 FKVO zueinander keine Rechtsprechung des EuG oder EuGH vorhanden sei und auch aus der Konsolidierten Mitteilung und der Entscheidungspraxis der Kommission nicht zweifelsfrei hervorgehe, ob die Bildung eines GU durch den Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle bzgl. eines bestehenden Unternehmens bzw. Unternehmensteiles unter „Gründung“ eines GU i. S. d. Art. 3 Abs. 4 FKVO zu subsumieren sei.¹⁵

Zum Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 lit. b zu Abs. 4 FKVO stellt das KOG die etwa von Käseberg¹⁶ vertretene Ansicht, dass von Abs. 1 lit. b bereits „alle erdenklichen Formen von Transaktionen, durch die unternehmerisch genutzte Ressourcen unter den bestimmenden Einfluss eines anderen Unternehmens gelangen“¹⁷ erfasst seien, jener von Rudolf/Leupold¹⁸ gegenüber. Diese sind der Meinung, dass Abs. 4 ein zusätzliches anmeldepflichtiges Ereignis normiere, das den Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 lit. b erweitere. Dies leiten sie aus systematischen und teleologischen Überlegungen ab und sehen sich darin von Erwägungsgrund 20 FKVO bestätigt, der davon spricht, dass in den Anwendungsbereich der FKVO „auch alle“ Vollfunktions-GUs einbezogen werden sollen. Ihrer Ansicht nach könne daher keine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Abs. 1 lit. b durch Abs. 4 gemeint gewesen sein, da andernfalls das Wort „auch“ durch „nur“ zu ersetzen gewesen wäre.¹⁹

Zur Interpretation des Begriffs der „Gründung“ eines GU führt das KOG die Auffassung von Wessely/Wegner²⁰ an, der es kritisch gegenüber steht.²¹ Unter Berufung auf eine Zusammenschau von Rn. 91 und 92 der Konsolidierten Mitteilung vertreten diese eine nach Ansicht des KOG zu weite Auslegung des Gründungsbegriffs, die neben der originären Neugründung eines GU auch den Erwerb der gemeinsamen

9 Als Vollfunktions-GU wird nach der Systematik der FKVO ein Gemeinschaftsunternehmen bezeichnet, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Dazu gehören beispielsweise eine eigene Marktpräsenz und eine Ausstattung mit den notwendigen Ressourcen, um selbstständig auf dem Markt tätig zu sein. Ein Teilfunktions-GU ist negativ definiert ein solches, das dieses Kriterium gerade nicht erfüllt.

10 Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 43 v. 21.2.2009, S. 10; „Konsolidierte Mitteilung“), Rn. 94 f.

11 Rn. 5.4.1. f.

12 Käseberg, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, Art. 3 FKVO Rn. 96.

13 Rudolf/Leupold, Joint Ventures – The Relevance of the Full Function Criterion under the EU Merger Regulation, *Journal of European Competition Law & Practice* (JECLAP) 2012, 439, 446 f.

14 Rn. 5.1. f.

15 Rn. 5.2.1. f.

16 Käseberg, a. a. O.

17 Rn. 5.4.1.

18 Rudolf/Leupold, JECLAP 2012, 439.

19 Rudolf/Leupold, JECLAP 2012, 439, 446 f.

20 Wessely/Wegner, in *Bornkamm/Montag/Säcker*, MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2015, Art 3 FKVO Rn. 113.

21 Rn. 5.6. f.

Kontrolle an einem schon bestehenden Unternehmen dem Vollfunktionalitätskriterium des Abs. 4 unterstellt.²²

Neben den angesprochenen Unstimmigkeiten in der Literatur waren auch noch der Widerspruch zwischen den Rn. 86 und 92 der Konsolidierten Mitteilung²³ und die von einigen Autoren angesprochene uneinheitliche Kommissionspraxis²⁴ für das KOG ausschlaggebend, das Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen.

2. Nationale Judikatur als Hintergrund

Zum besseren Verständnis der Position des KOG erscheint es zielführend, seine bisherige (nicht unumstrittene) Rechtsprechung zu Teilfunktions-GUs im österreichischen Zusammenschlussrecht kurz darzustellen. Tatsächlich legt das KOG die Art. 3 Abs. 4 FKVO nachgebildete nationale Bestimmung des § 7 Abs. 2 KartG²⁵ nämlich so aus, dass davon nur die „originäre Neugründung“ („*greenfield operation*“) eines GU erfasst sein soll.²⁶ Damit erfüllt der Erwerb der gemeinsamen Beherrschung an einem bereits operativ tätigen Zielunternehmen nach innerstaatlichem Recht²⁷ nicht den Tatbestand der „Gründung“ eines GU, sondern einen der Tatbestände des § 7 Abs. 1 KartG.²⁸ Für die nach dieser Rechtsprechung anzuwendenden Zusammenschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 KartG kommt es gerade nicht auf die Vollfunktionseigenschaft des GU an.²⁹ Da es sich bei der Asphaltmischanlage nach Ansicht des KOG zwar „nur“ um ein Teilfunktions-GU handle, aber eben ein bereits bestehendes Unternehmen bzw. ein Teil eines solchen erworben wird, wäre – bei Nicht-Anwendbarkeit der FKVO – § 7 Abs. 1 KartG anzuwenden, womit eine Prüfung der Vollfunktionalität entfallen könnte.³⁰ Eine parallele Auslegung wendet das KOG nun auch auf die betreffenden Tatbestände der FKVO an.

V. Vorlagefrage

Konkret legte das KOG daher dem EuGH gem. Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

„Sind Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“) dahin auszulegen, dass im Fall des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen, wobei das vormals allein kontrollierende Unternehmen weiterhin mitkontrollierend beteiligt bleibt, nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer wirtschaftlichen Einheit aufweist?“

VI. Negativer Kompetenzkonflikt und Unterbrechung des nationalen Verfahrens

Die Entscheidung stellt einen der seltenen Fälle eines sogenannten negativen Kompetenzkonfliktes im Zusammenschlussrecht dar, denn sowohl die Kommission als auch das KG verneinten ihre Zuständigkeit für diesen Zusammenschlussfall. Die Auflösung eines solchen negativen Kompetenzkonfliktes ist nach europäischem Recht – wie durch den vorliegenden Beschluss geschehen – durch eine Vorabentscheidung des EuGH zu suchen. Der EuGH hat somit die Gelegenheit, durch verbindliche Auslegung der FKVO diese Streitfrage zu klären. Sollte der EuGH der Rechtsmeinung des KOG beipflichten, dass hier ein Zusammenschlussstatbestand nach der FKVO verwirklicht ist, wäre damit die Entscheidungspraxis der Kommission bzgl. der zusammenschlussrechtlichen Qualifizierung von GUs ent-

sprechend neu festgelegt. Sollte der EuGH dem KOG nicht zustimmen, könnte sich dies wiederum auf die zukünftige Auslegung der Bestimmungen des österreichischen KartG auswirken. Die mögliche, aber nicht zwingende Konsequenz wäre, dass das KOG seine Judikaturlinie aufgeben könnte und in Zukunft Teilfunktions-GUs nach österreichischem Zusammenschlussrecht generell nicht mehr anmeldepflichtig wären.³¹

Ein zusätzlicher Aspekt dieser Entscheidung des KOG ist die Unterbrechung des nationalen Zusammenschlussverfahrens im gegenständlichen Fall. Wie das KOG zum Ausdruck bringt, kommt es hier zu einer unmittelbaren Anwendung europäischen Rechts, sodass die Fristen für das Zusammenschlussverfahren nach dem KartG keine Anwendung finden.³² Das für die Zusammenschlusswerber unbefriedigende Ergebnis ist eine Verzögerung des Verfahrens um etwa ein bis zwei Jahre.³³

VII. Würdigung

Die Vorgehensweise des KOG, die lange fällige Klärung der Frage, wie Teilfunktions-GUs im europäischen Zusammenschlussrecht zu behandeln sind, herbeizuführen, ist durchaus begrüßenswert. Die Entscheidung des EuGH in der Vorlagefrage wird über die Grenzen Österreichs hinaus von Bedeutung sein, geht es doch um die Auslegung der FKVO, an der sich zudem die nationalen Zusammenschlussregelungen vieler Mitgliedstaaten orientieren. Umso erstaunlicher ist es, dass diese Frage erst jetzt einer endgültigen Klärung zugeführt wird. Wegen der in diesem Bereich uneinheitlichen Kommissionspraxis³⁴ besteht hier ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit.³⁵ Dass sich beide Auslegungsvarianten auf Teile der Konsolidierten Mitteilung stützen können, zeigt das Spannungsverhältnis innerhalb dieser Interpretationshilfe der Kommission für die Behandlung des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle eines zuvor von einem der Partner allein kontrollierten Unternehmens. Daher ist unabhängig vom Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH eine Anpassung der Konsolidierten Mitteilung – wie von *Rudolf/Leupold* gefordert³⁶ – wünschenswert. Auch die von *Körber*³⁷ angedachte

22 *Wessely/Wegner*, a. a. O.; s. auch Rn. 5.5.

23 Rn. 5.6.2.

24 Rn. 5.7. f. mit Verweis auf *Rudolf/Leupold*, JECLAP 2012, 439, 448 f. und *Balta*, Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation, Master thesis an der Universität Lund 2012, S. 37-45.

25 „Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.“

26 Vgl. etwa KOG, Beschl. v. 27.1.2014, 16 Ok 11/13 – *Pressegrosso III*.

27 D.h. wenn die Umsatzschwellen der FKVO nicht erreicht wären.

28 Dabei kommen insbesondere der Erwerb einer Beteiligung von zumindest 50 % (Z. 3) oder Erwerb des beherrschenden Einflusses auf sonstige Weise (Z. 5) in Betracht.

29 Daraus ergeben sich mitunter neue Abgrenzungsfragen, etwa für den Fall, dass dem GU gewisse erhebliche Vermögensgüter zugeführt werden, die aber u. U. noch nicht ausreichen, um einen wesentlichen Teil eines Unternehmens darzustellen – vgl. etwa KOG, Beschl. v. 27.1.2014, 16 Ok 11/13 – *Pressegrosso III* Rn.1.2. f. sowie 2.1.

30 Vor Rn. 1.

31 Wie angesprochen wäre diese Konsequenz allerdings nicht zwingend, zumal der österreichische Gesetzgeber hier autonom ist und von der Rechtsprechung weiterhin auch gewisse sprachliche Unterschiede zwischen Art. 3 FKVO und § 7 KartG ins Treffen geführt werden könnten.

32 Rn. 7.

33 Die durchschnittliche Dauer eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH beträgt derzeit 15,3 Monate. (EuGH, Pressemitteilung v. 18.3.2016, Nr.34/16; abrufbar unter curia.europa.eu)

34 Vgl. *Rudolf/Leupold*, JECLAP 2012, 439,442.

35 Vgl. *Körber*, in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 3 FKVO, Rn. 125 ff.

36 *Rudolf/Leupold*, JECLAP 2012, 439, 448.

37 Vgl. *Körber*, a. a. O. Rn. 127 m. w. N.

gänzliche Abschaffung des Vollfunktionskriteriums wäre zu überlegen.

Zusätzlich zu den bereits vom KOG vorgenommenen Erwägungen sollte bei der Lösung der vorgelegten Rechtsfrage nämlich folgendes mitberücksichtigt werden: Die sprachliche Ausgestaltung des Art. 3 FKVO legt nahe, die Anwendbarkeit dessen Abs. 1 und 4 von dem Vorliegen der Unternehmereigenschaft des Zielobjekts im Zeitpunkt der Transaktion abhängig zu machen. Während Art. 3 Abs. 1 lit. b davon spricht, dass ein Unternehmer über das Zielunternehmen „Kontrolle [...] erwerben“ muss, d.h. hier von einem vorbestehenden Unternehmen ausgegangen wird, verlangt Abs. 4 die „Gründung“ eines Unternehmens. Man könnte daher annehmen, dass in letzterem Fall erst durch die Transaktion ein Unternehmen entsteht. Auch lässt sich dieser Gedanke mit der Zielsetzung der Fusionskontrolle als Instrument der Marktstrukturkontrolle in Einklang bringen, die grundsätzlich auf die Marktstellung existierender Unternehmen abstellt. Für Fälle, auf die das nicht zutrifft, würde nach diesem Gedankengang mit Abs. 4 eine Ausnahmeregelung geschaffen, die den Anwendungsbereich auf erst durch die betreffende Transaktion entstehende (Gemeinschafts-) Unternehmen ausdehnt. Diese Überlegung würde die Ansicht des KOG stützen, dass der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein Unternehmen oder einen (wesentlichen) Unternehmensteil einen Zusammenschlusstatbestand darstellt, unabhängig von der Frage, ob es sich nach der Transaktion um ein Voll- oder Teilfunktions-GU handelt. Es würde auf diese Weise auch die notwendige Konsistenz zu dem Zusammenschlusstatbestand des Erwerbs der alleinigen Kontrolle hergestellt werden. Denn es ist ohnedies wenig verständlich, weshalb der Erwerb der alleinigen Kontrolle über ein Unternehmen oder einen (wesentlichen) Teil eines solchen jedenfalls den Zusammenschlusstatbestand nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO erfüllt, der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle jedoch nur dann, wenn daraus ein Vollfunktions-GU resultiert.

Ein weiterer Aspekt der gegenständlichen Fragestellung sollte an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben: Es ist nämlich mit dieser Grundsatzentscheidung zur zusammenschlussrechtliche Qualifikation von Teilfunktions-GUs die Entscheidung verbunden, ob in Zukunft die Bildung von Teilfunktions-GUs weiterhin der Verhaltenskontrolle gem. Art. 101 AEUV (bzw. der betreffenden nationalen Bestimmungen) unterworfen ist oder der Strukturkontrolle der FKVO. In letzterem Fall ist nämlich davon auszugehen, dass zumindest jene Aspekte des Zusammenschlussvorhabens, die für den Zusammenschluss Tatbestandsvoraussetzung sind (samt den dafür als notwendig erachteten Nebenabreden)³⁸ damit einer gesonderten Überprüfung gem. Art. 101 AEUV entzogen sind.³⁹ Darin liegt eine gewisse rechtspolitische Brisanz dieser Sache, die jedoch nicht davon ablenken sollte, dass eine systemkonforme Auslegung der FKVO Vorrang haben muss.

VIII. Fazit

Die vorliegende Entscheidung des KOG zeigt, wie viele offene Grundsatzfragen es selbst in der bereits langen Praxis des Zusammenschlussrechts sowohl auf nationaler als auch Unionebene gibt. Dass auch die Marktteilnehmer Interesse an der Klärung dieses Problems haben, zeigt sich daran, dass die beiden hier beteiligten Baukonzerne die gegenständlichen Zusammenschlussanmeldung nicht einfach zurückgezogen haben. Vielmehr nehmen sie eine lange Wartezeit in Kauf, um für ihre Zusammenarbeit in der Zukunft Rechtssicherheit zu erlangen. ■

38 Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABl. C 54 vom 5.3.2005, S. 24, „Ancillary Restraints-Bekanntmachung“).

39 Vgl. auch Käseberg, a. a. O. Rn. 88.

Kurze Beiträge

Dr. Florian C. Haus, Bonn*

Das Urteil des BGH in *Pechstein / International Skating Union* – Ein Schritt vor, zwei Schritte zurück für das Kartellrecht in der Sportschiedsgerichtsbarkeit?

Am 7.6.2016 verkündete der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs sein Urteil in dem Schadensersatzprozess der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein gegen den internationalen Eisschnelllaufverband International Skating Union (KZR 6/15). Der Kartellsenat entschied, dass die Klage wegen des Vorrangs des schiedsgerichtlichen Verfahrens unzulässig sei. Damit brachte der 7.6.2016 offensichtlich schlechte Nachrichten für Frau Pechstein. War es auch ein schlechter Tag für das Kartellrecht?

I. Überblick

Die Klage von Frau Claudia Pechstein war nach dem sportschiedsgerichtlichen Verfahren sowie dem Rechtsbehelfsver-

fahren vor dem schweizerischen Bundesgericht die wohl letzte Chance der Sportlerin, einen wenigstens finanziellen Ausgleich für die im Jahr 2009 verhängte Dopingsperre zu erhalten, die sich auf eine – wie sich nachträglich herausstellte – wohl fehlerhafte medizinische Bewertung stützte.¹ Das OLG München hatte mit Entscheidung vom 15.1.2015 die Zulässigkeit der Klage mit der Begründung bejaht, dass die an sich vorrangige Regelung über die Zuständigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit aus kartellrechtlichen Gründen zu-

* Dr. Florian C. Haus ist Rechtsanwalt und Assoziierter Partner im Bereich Kartellrecht bei Flick Gocke Schaumburg in Bonn.

1 Vgl. zum Verfahrensgang auch *Duwe/Rösch*, *SchiedsVZ* 2014, 216; *Brandner/Kläger*, *SchiedsVZ* 2015, 112; *Haus/Heitzer*, *NZKart* 2015, 181.