

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltsek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

März 2014

02

49 – 96

Beiträge

**Der EuGH erleichtert Markeninhabern die Beendigung von
Vereinbarungen zur gemeinsamen Verwertung ihrer Marke**

David Plasser ➔ 52

Die neue Produktpiraterie-Verordnung *Guido Donath* ➔ 55

Das Doppelspiel des Lebensmitteleinzelhandels *Karl W. Gladt* ➔ 59

Leitsätze

Nr 12 – 22 ➔ 69

OPM 9. 10. 2013, Op 1/13 *Thomas Adocker* ➔ 70

OPM 28. 8. 2013, OBp 1/13, Synflorix *Gottfried Musger* ➔ 71

EuGH 22. 1. 2013, C-283/11, Sky Österreich/ORF

Manfred Büchele ➔ 71

Rechtsprechung

Gemeinschaftsunternehmen – Ausweitung der Tätigkeit eines

Gemeinschaftsunternehmens *Raoul Hoffer* ➔ 76

Zufallsfunde – Zufallsfunde bei einer Hausdurchsuchung

Tatjana Krutzler ➔ 77

Festplattenvergütung – Trägervergütung für Festplatten

Roman Heidinger ➔ 90

Bericht

LIGA Kongress 2013 *Max W. Mosing* ➔ 96

ÖBL 2014/18

§§ 7, 9 KartG

OGH als KOG

27. 6. 2013,

16 Ok 3/13

(OLG Wien

als KG

25 Kt 29/12)

Gemeinschafts-
unternehmen

Verwirklichung eines neuerlichen Zusammenschlusses durch Erweiterung der Tätigkeit eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens infolge der Übertragung von Aktivitäten und Ressourcen der Mutterunternehmen auf dieses Unternehmen.

→ Ausweitung der Tätigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens

Die Übertragung bisheriger Aktivitäten und Ressourcen der Mutterunternehmen auf ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen ist der Gründung eines solchen Unternehmens gleichzuhalten. Diese Transaktionen erfüllen daher einen neuerlichen Zusammenschlusstatbestand iSv § 7 Abs 2

Sachverhalt:

Die ASt und ihre Konzerngesellschaften sind Medien- und Medienhilfsunternehmen. Sie gründeten verschiedene Gemeinschaftsunternehmen (GU), welche als Zusammenschluss angemeldet und genehmigt wurden. 2011 haben die jeweiligen Muttergesellschaften einen Letter of Intent abgeschlossen, in dem sie Folgendes vorsahen: Die Geschäftstätigkeit eines GU soll erweitert werden, indem es die Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft durch Verschmelzung, einen Teilbetrieb der anderen Muttergesellschaft als Sacheinlage oder Kauf sowie ein anderes GU erwirbt. Die ASt beantragten beim Kartellgericht gem § 28 Abs 2 KartG festzustellen, dass kein anmeldebedürftiger Zusammenschluss iSd § 9 Abs 1 Z 3 KartG vorliege. Die BWB und der Bundeskartellanwalt (BKartAnw) beantragten die Abweisung des Feststellungsantrags, weil ihrer Ansicht nach auch die Umstände der dahinterstehenden Muttergesellschaften zu berücksichtigen seien, was zu einer Überschreitung der Schwellenwerte führe. Das Kartellgericht wies in der Folge den Feststellungsantrag ab. Es zog zur Auslegung des in § 9 KartG nicht definierten Begriffs der beteiligten Unternehmen die Konsolidierte Mitteilung der EK zu Zuständigkeitsfragen gem VO (EG) 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (MZust) heran. Das Kartellgericht kam daher zum Schluss, dass die Muttergesellschaften die beteiligten Unternehmen seien, weil sie die eigentlichen Akteure des Vorhabens waren, was sich ua daran erkennen ließe, dass die Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar beteiligte GU den Letter of Intent und das daran anknüpfende Memorandum vereinbarten. Die Muttergesellschaften aber würden die Umsatzschwellen des § 9 Abs 1 Z 3 KartG überschreiten.

Gegen diese Entscheidung des Kartellgerichts legten die ASt Rek ein. Das KOG wies den Rek ab und bestätigte die Entscheidung des Kartellgerichts.

Aus der Begründung:

Der Rek der ASt, den beide Amtsparteien beantwortet haben, ist nicht berechtigt. [...]

[Beteiligte Unternehmen]

3.1. Der im KartG an mehreren Stellen verwendete Begriff der an einem Zusammenschluss „beteiligten Unternehmen“ wird dort nicht näher bestimmt. So müssen die in § 9 KartG für die Anmeldepflicht des Zusammenschlusses vorgegebenen Umsatzschwellen von den „beteiligten Unternehmen“ erzielt werden. Welche Unter-

KartG. Sind in einem solchen Fall die Muttergesellschaften die eigentlichen Akteure der Ausweitung der Geschäftstätigkeit, dann sind diese und nicht das erwerbende Gemeinschaftsunternehmen als beteiligte Unternehmen iSd § 9 KartG anzusehen.

nehmen als Normadressaten des § 9 KartG anzusehen sind, hängt von dem jeweiligen Zusammenschlusstatbestand und vom Normzweck ab (vgl 16 Ok 16/04;¹⁾ *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁴ § 36 GWB Rz 78; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht² 168; *Hoffer*, KartellG 149 f). Hilfe zur Auslegung insb des Begriffs des beteiligten Unternehmens bietet die Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem VO (EG) 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2009/43, 9 (MZust), in der die Kommission ihre Fallpraxis zusammengefasst hat (vgl 16 Ok 7/07;²⁾ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, § 9 KartG Rz 16). [...]

[Erweiterung der Geschäftstätigkeit eines bestehenden GU]

3.4. Im vorliegenden Fall soll die Geschäftstätigkeit eines GU dadurch erweitert werden, dass es

- a) die Tochtergesellschaft (LL) einer der beiden Muttergesellschaften (ZweitASt) durch Verschmelzung,
- b) einen Teilbetrieb der anderen Muttergesellschaft als Sacheinlage oder durch Kauf und
- c) das GU der LL und der Muttergesellschaft der r**** [einer anderen Konzerngesellschaft] durch Verschmelzung erwirbt.

[Jede der vorliegenden Transaktionen erfüllt den Zusammenschlusstatbestand]

3.5. Das erwerbende GU dehnt nach dem Vorbringen der ASt mit diesen Transaktionen, die jede für sich den Zusammenschlusstatbestand nach § 7 Abs 1 Z 1 KartG erfüllen, seine Geschäftstätigkeit (Hauszustellung von Printprodukten) auf andere sachliche (Geschäftsbereich „H“, „Stummer Verkauf und Auslieferung“) und räumliche (Kärnten und Steiermark) Märkte aus.

[Verwirklichung eines neuerlichen Zusammenschlusses durch Erweiterung der Geschäftstätigkeit eines GU]

3.6. Wirtschaftlich betrachtet (§ 20 KartG) ist diese Übertragung bisheriger Aktivitäten und Ressourcen der Mutterunternehmen auf das bestehende GU der Gründung eines GU durch dieselben Muttergesellschaften gleichzuhalten (vgl *Polley/Grave*, Die Erweiterung eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss, WuW 2003, 1010, 1018; MZust Rn 107). Dadurch wird ein neuerlicher Zusammenschluss verwirklicht, weil es auch in diesem Fall zu ei-

1) ÖBL 2005/65, 272 (*Barbist*), Brauereizusammenschluss.

2) ÖBL 2008/49, 244 (*Hoffer*), J-GmbH.

nem Kontrollwechsel über den betroffenen Geschäftsbereich oder über das betroffene Unternehmen kommt (Hoffer, KartellG 150; Polley/Grave, aaO 1015).

[Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar erwerbende GU sind hier beteiligte Unternehmen]

3.7. Die Übertragung der Unternehmen und des Unternehmensteils durch die Muttergesellschaften zeigt, dass diese – wie auch im Letter of Intent und im Memorandum dokumentiert – die eigentlichen Akteure bei der Ausweitung der Tätigkeiten des GU sind. Es ist deshalb folgerichtig, neben den Zielunternehmen

die Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar erwerbende GU als beteiligte Unternehmen anzusehen (vgl. MZust Rn 147).

[Aufgriffsschwellen nach § 9 Abs 1 und 3 KartG eindeutig überschritten]

3.8. Dass die gem § 22 Abs 1 KartG zu berücksichtigenden Umsatzerlöse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Aufgriffsschwellen nach § 9 Abs 1 und 3 KartG übersteigen, ist nicht strittig.

4. Dem Rek kann deshalb kein Erfolg beschieden sein.

Anmerkung:

Diese E enthält im Grunde zwei wesentliche Aussagen. Zum einen geht es um die Frage, inwiefern ein GU, das bereits Zusammenschlussrechtlich genehmigt ist, einer (weiteren) Zusammenschlussrechtlichen Freigabe bedarf, weil der Tätigkeitsbereich erweitert wird. Zum anderen geht es um den im Zusammenschlussrecht äußerst wichtigen Begriff der „beteiligten Unternehmen“, und zwar, unter welchen Umständen man bzgl der unmittelbar beteiligten Unternehmen auf die dahinterstehenden Mütter „durchgreifen“ muss.

Ersteres zeigt die Grenzen der Freigabe eines Zusammenschlusses auf. Man darf nie vergessen, dass Zusammenschlüsse immer nur im konkreten Marktumfeld und aufgrund der konkreten Daten, die von den beteiligten Parteien zur Verfügung gestellt wurden, beurteilt werden können. Ein späterer Akt externen Wachstums unterliegt daher einer weiteren Zusammenschlussfreigabe. Externes und internes Wachstum sind somit zu unterscheiden. Der vorliegende Fall wurde vom KOG als ein Akt des externen Wachstums qualifiziert, weil die von den Muttergesellschaften dem GU zugestandenen Ressourcen und Geschäftsbereiche deutlich erweitert wurden. Der Unternehmensgegenstand des GU wurde somit von den Muttergesellschaften modifiziert und insofern auf andere Märkte ausgedehnt. Die logische Konsequenz ist, dass das GU in dieser neuen Form bisher keiner (vollständigen) Freigabe in einem Zusammenschlussverfahren unterlegen ist. Eine weitere derartige Freigabe ist daher erforderlich.

Während daher im Verhältnis einer Muttergesellschaft zu ihrer allein kontrollierten Tochter eine zusätzliche Ressourcengewährung kein Thema ist (es handelt sich um eine wettbewerbsneutrale Ressourcenverteilung im Konzern), ist die nur gemeinsam beherrschende Mutter Zusammenschlussrechtlich wie ein Dritter zu behandeln. Hier sieht man deutlich das Spannungsverhältnis zu der kürzlich ergangenen EuGH-E *El du Pont de Nemours* (26. 9. 2013, C-172/

12 P). In *El Du Pont de Nemours* hat der Gerichtshof entschieden, dass für Zwecke der Haftungszurechnung bei Kartellverstößen die zwei gemeinsam beherrschenden Muttergesellschaften eines GU und das GU eine wirtschaftliche Einheit bilden und damit als ein Unternehmen anzusehen sind. Hier wird deutlich, wie schwer es sein kann, die Ziele der effektiven Durchsetzung des Kartellverbots mit den Prinzipien des Zusammenschlussrechts zu vereinen.

Zur Frage der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hat das KOG folgerichtig (wie auch schon in 16 Ok 7/07) die maßgeblichen Bestimmungen der EU-Zuständigkeitsbekanntmachung herangezogen. Tatsächlich ist auch iS der im österr KartG verankerten, wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 20 KartG) nicht nur die gesellschaftsrechtliche Form, sondern der dahinterstehende Zweck zu beachten. Allerdings lässt die Begründung des KOG nur erahnen, aufgrund welcher konkreten Umstände hier tatsächlich auf die Muttergesellschaften der direkt beteiligten Gesellschaften zurückzugreifen war. Die Andeutung, dass sich dies aus dem Umstand, wer die Übertragung der Unternehmensteile vorgenommen habe, aus dem Letter of Intent und einem Memorandum ergebe, wird nur schwerlich eine Richtschnur für zukünftige Einschätzungen bieten können. Tatsächlich sind nämlich Situationen denkbar, in denen zwar durchaus auch im Interesse der Muttergesellschaften gehandelt wird, aber nichtsdestotrotz auch die direkt beteiligten Gesellschaften ein Eigeninteresse an der Transaktion haben (letztere daher nicht bloß „leere Hüllen“ sind). Welche Gesellschaften in derartigen Situationen als beteiligte Unternehmen zu betrachten sind, könnte nach dieser Entscheidung schwer zu beurteilen sein. Zumal jedoch das KOG hier (zum ersten Mal) explizit auf die Zuständigkeitsbekanntmachung der Kommission zurückgegriffen hat (s Pkt 3.1. der E), wird in Hinkunft auch diese für weitere Fälle als Interpretationshilfe herangezogen werden können.

Raoul Hoffer

