

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Reinhard Hinger,
Rainer Beetz

Juli 2016

04

149 – 204

Beiträge

- Vertretbarkeit und Normgeltung** *Andreas Frauenberger* ➔ 152
Art 28 UMV – Handlungsbedarf für Markeninhaber
Guido Donath ➔ 155
Der Zinsanspruch beim kartellrechtlichen Schadenersatz
Viktoria H.S.E. Robertson ➔ 156
Das neue VerwertungsgesellschaftenG 2016 *Christian Handig* ➔ 164

Leitsätze

Nr 15 – 17 ➔ 170

Rechtsprechung

- Resch und Frisch II – Ein Verstoß gegen eine Konkurrenzklausele ist für sich allein noch nicht unlauter** *Katharina Majchrzak* ➔ 172
Tierärztevorbehalt – Der Ärztevorbehalt in der Tiermedizin
Silke Graf ➔ 173
Zahnarztwerbung V – Internetauftritt von Zahnärzten *Silke Graf* ➔ 176
Mercedes-Benz/Daimler – Markenbenutzung durch Hinweis im Internet *Franz Schmidbauer* ➔ 180
Skyr – Das Internet als Informationsquelle für die Bedeutung eines Worts *David Plasser* ➔ 184
Gemeinschaftsunternehmen II – Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen *Raoul Hoffer* ➔ 189
Franz West – Widmung eines Werknutzungsrechts als weiteres Stiftungsvermögen *Maximilian Eiselsberg und Andrei Demian* ➔ 195
Strandfoto – Facebook und der höchstpersönliche Persönlichkeitsbereich *Johann Guggenbichler* ➔ 198

→ Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Bewirkt der Wechsel von der alleinigen zur gemeinsamen Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen (bei Erhalt der Mitkontrolle des vormals allein kontrollierenden Unternehmens) nur dann einen

Sachverhalt:

Die AG ist eine indirekte Tochtergesellschaft der S*** SE („S***“). Die S***-Gruppe ist ein international, auch im Straßenbau tätiger Baukonzern.

Die Asphaltmischanlage M*** (das „Zielunternehmen“) stellt für den Straßenbau nötigen Asphalt her und steht derzeit im Alleineigentum der T*** AG („TA“), deren Alleinaktionär die P*** AG („P***“) ist. Die P***-Gruppe ist ein international, auch im Straßenbau tätiger Baukonzern.

Die S***-Gruppe und die P***-Gruppe erzielten im Geschäftsjahr 2014 einen weltweiten Umsatz von zusammen mehr als 5 Mrd Euro, einen EU-weiten Gesamtumsatz von jeweils mehr als 250 Mio Euro, aber jeweils weniger als zwei Drittel ihres EU-weiten Gesamtumsatzes in ein und demselben MS.

Der ausschließlich in Österreich erzielte Umsatz des Zielunternehmens betrug im Geschäftsjahr 2014 3,19 Mio Euro.

Die AG und TA beabsichtigen die Gründung einer Gesellschaft nach österr Recht in Form einer GesmbH & Co KG, wobei beide je 50% an der Komplementär-

Zusammenschluss, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit aufweist?

gesellschaft und je 50% der Kommanditanteile übernehmen werden. Der Gesellschaftsvertrag wird so ausgestaltet, dass alle Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung der Einstimmigkeit bedürfen. Die neu gegründete Gesellschaft wird von TA das Zielunternehmen erwerben. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist der Vorgang so zu sehen, dass die AG eine Beteiligung von 50% verbunden mit gemeinsamer Kontrolle am bereits bestehenden Zielunternehmen erwirbt, wobei der das Unternehmen bisher allein kontrollierende Veräußerer mitkontrollierend am Unternehmen beteiligt bleibt.

[Verfahrensverlauf]

Die AG meldete das Zusammenschlussvorhaben am 3. 8. 2015 bei der BWB an. Der Bundeskartellanwalt stellte fristgerecht an das Kartellgericht einen Prüfungsantrag nach § 11 Abs 1 KartG.

Nach Aufforderung durch das Kartellgericht brachte die AG vor, nach hL und Praxis der EK verlange Art 3 Abs 1 lit b FKVO in der hier vorliegenden Fallkonstellation neben einem Kontrollwechsel auch das (zukünftige) Vorliegen der Vollfunktionsfähigkeit

ÖBI 2016/46

Art 3 VO (EG) 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO)

OGH als KOG
31. 3. 2016,
16 Ok 1/16 g
(OLG Wien
29 Kt 48/15)
ECLI:AT:
OGH0002:2016:
0160OK00001.
16G.0331.000

Gemeinschaftsunternehmen II

des Zielunternehmens. Sei das Zielunternehmen zukünftig nicht als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren, liege kein Zusammenschluss nach Art 3 FKVO vor. Sie verwies dazu auf Kommentare zur FKVO und auf die E der EK COMP/M. 3097, *Maersk Data/Eurogate IT/Global Transportation Solutions*; COMP/JV.45, *Bertelsmann/ Kooperativa Förbundet (KF)/BOLNordic*; und COMP/M.3798, *NYK/Lauritzen Cool/LauCool JV*.

Der OGH als KOG befasst den EuGH zum Thema „Unternehmenszusammenschluss“ und „selbständige wirtschaftliche Einheit“.

Das Zielunternehmen sei von TA iW nur deshalb errichtet worden, um Asphaltmischgut für das eigene Straßenbausegment gruppenintern zu produzieren. Daneben seien auch Verkäufe an Dritte in der Vergangenheit aufgrund der vertikalen Integration auch anderer Straßenbauunternehmen in den letzten Jahren durchschnittlich im einstelligen Prozentbereich gelegen. Im Jahr 2014 seien die Drittverkäufe auf rund 40% des Umsatzes (rund 38,43% der Tonnage) gestiegen. Von diesen Drittumsätzen seien rund 95% mit Gruppenunternehmen der S*** erzielt worden. Das Zusammenschlussvorhaben verwirkliche die Zusammenschlusstatbestände gem § 7 Abs 1 Z 3 und Z 5 KartG und sei in Österreich anmeldepflichtig (§ 9 KartG).

[Entscheidung des Kartellgerichts]

Das Kartellgericht wies mit Beschluss v 6. 10. 2015 den Prüfungsantrag zurück.

Da neben der erwerbenden S***-Gruppe auch die gesamte P***-Gruppe als beteiligtes Unternehmen anzusehen sei, seien die Umsatzschwellenwerte nach Art 1 FKVO überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben erfülle sowohl die Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Z 3 KartG als auch jene nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO. Nach den Angaben der AG sei nicht zu bezweifeln, dass das künftige Gemeinschaftsunternehmen keine Vollfunktionseigenschaft haben werde, weil es fast nur Konzerngesellschaften der künftigen Muttergesellschaften beliefern solle. Die AG gehe auch davon aus, dass es sich beim Zielunternehmen schon bisher um kein Vollfunktionsunternehmen gehandelt habe. Im Rahmen des Art 3 FKVO und des § 7 KartG beziehe sich das Kriterium der Vollfunktionalität nur auf die Eigenschaft des durch die Transaktion gegründeten Gemeinschaftsunternehmens. Wesentlich für das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands könne daher nur sein, ob das künftige Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen sein werde. Die Voraussetzung der Vollfunktionseigenschaft sei sowohl nach Unionsrecht als auch nach österr Recht (§ 7 Abs 2 KartG) nur im Fall der „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens für die Frage der Anmeldebedürftigkeit eines Vorhabens relevant.

Der Tatbestand des § 7 Abs 2 KartG erfasse nach der Rsp des KOG nur originäre Neugründungen. Der Erwerb gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen werde von der EK grds nicht als „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens iSd Art 3 Abs 4 FKVO begriffen. Auch für Art 3 Abs 4 FKVO müsse gelten, dass diese Bestimmung nur auf originäre Neugründungen von Gemeinschaftsunternehmen anzuwenden sei. Ansonsten bestünde nämlich die Ge-

fahr, dass die Bestimmung ihren Zweck, die Fusionskontrolle von der Kartellaufsicht sachgerecht abzugrenzen, verfehle, weil für die Marktstruktur sehr bedeutsame Transaktionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung, mit denen gemeinsame Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen erworben werde, bei fehlender künftiger Vollfunktionseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens nicht der europäischen Fusionskontrolle unterlägen.

Wären zB S*** und P*** Duopolisten am Markt für Straßenbauarbeiten und gründeten sie gemeinsam ein neues Straßenbauunternehmen, das aber am Markt nicht selbständig, sondern nur als Hilfsunternehmen für die Muttergesellschaften tätig werde, sei es sachgerecht, dieses Vorhaben nicht der Fusionskontrolle zu unterstellen, werde doch damit eine Zusammenarbeit begründet, die an der Marktstruktur nichts ändere. Würde hingegen S*** über den gesamten Straßenbaubereich von P*** die gemeinsame Kontrolle mit P*** erwerben und trete dieses Gemeinschaftsunternehmen anschließend nicht mehr als selbständiger Marktteilnehmer auf, sondern beliefe im Straßenbaubereich nur noch S***, veränderte sich die Marktstruktur wesentlich. Durch diesen Vorgang würde nämlich der Duopolmarkt für den Straßenbau in einen Monopolmarkt umgewandelt. Dennoch wäre dieses Vorhaben, folgte man der Ansicht der AG, mangels künftiger Vollfunktionalität kein Zusammenschlusstatbestand iSd FKVO.

Da das angemeldete Zusammenschlussvorhaben infolge Überschreitens der Schwellenwerte des Art 1 FKVO sowohl die Voraussetzung der gemeinschaftsweiten Bedeutung als auch den Zusammenschlusstatbestand des Art 3 Abs 1 lit b FKVO erfülle, sei im Hinblick auf Art 21 FKVO die Transaktion bei der EK anzumelden. Dies führe zur Zurückweisung des Prüfungsantrags nach § 12 Abs 1 Z 1 KartG wegen in Österreich fehlender Anmeldepflicht des angemeldeten Vorhabens.

[Rekursvortrag]

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rek der AG. Sie beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben, auszusprechen, dass ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss gem § 7 iVm § 9 KartG vorliege, und das Verfahren fortzusetzen.

Die AG lege im RekVerfahren ein Schreiben der EK, Generaldirektion Wettbewerb, v 22. 12. 2015 vor (Konsultation C.1493 – S***/P***/AMA M***), wonach nach der für die EK selbst nicht bindenden Ansicht der für Fusionskontrolle zuständigen Dienststellen der Generaldirektion das Zusammenschlussvorhaben nicht zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu führen scheine, das alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfülle. Daher scheine das Vorhaben keinen Zusammenschluss iSd Art 3 FKVO darzustellen. Es bestehe keine Verpflichtung, den Zusammenschluss gem der FKVO anzumelden.

[Vorlagefrage]

Der OGH richtet folgende Frage an den EuGH:

„Sind Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. 1. 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 selbstständigen Einheit aufweist.“

[Rechtliche Grundlagen]

→ ErwGr 20 FKVO lautet:

„(20) Der Begriff des Zusammenschlusses ist so zu definieren, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen. In den Anwendungsbereich dieser Verordnung sollten daher auch alle Gemeinschaftsunternehmen einbezogen werden, die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Ferner sollten Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden.“

→ Art 3 Abs 1 bis 4 FKVO lautet:

„(1) 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.

(2) 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.

(3) Die Kontrolle wird für die Personen oder Unternehmen begründet,

a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder

b) die, sowohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.

(4) Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Abs 1 lit b) dar.“

→ Die Konsolidierte Mitteilung der EK zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr 139/

2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FusKonMitt“) lautet auszugsweise:

„1.3. Gegenstand der Kontrolle

(24) Gem Art 3 Abs 1 lit b FKVO kann sich die Kontrolle auf ein oder mehrere Unternehmen oder Teile von Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit erstrecken oder aber auf das Unternehmensvermögen oder Teile davon. Die Erlangung der Kontrolle über Vermögenswerte kann nur dann als Zusammenschluss angesehen werden, wenn diese die Gesamtheit oder einen Teil eines Unternehmens bilden, dh einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.

3. Gemeinsame Kontrolle

(62) Gemeinsame Kontrolle ist dann gegeben, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, in einem anderen Unternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben. Bestimmender Einfluss bedeutet hier in der Regel die Möglichkeit, Aktionen zu blockieren, die das strategische Wirtschaftsverhalten eines Unternehmens bestimmen. Im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelner Gesellschafter die strategischen Entscheidungen des Unternehmens bestimmen kann, können bei einer gemeinsamen Kontrolle Pattsituationen entstehen, weil zwei oder mehr der Muttergesellschaften die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren. Diese Gesellschafter müssen folglich die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festlegen und zusammenarbeiten.

(63) Wie im Falle der alleinigen Kontrolle kann der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle rechtlich oder faktisch begründet sein. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Gesellschafter (Muttergesellschaften) bei allen wichtigen Entscheidungen, die das beherrschte Unternehmen (Gemeinschaftsunternehmen) betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.

III. Änderung der Art der Kontrolle

1. Eintritt neuer kontrollierender Gesellschafter

(86) Im Falle des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle liegt eine anmeldungspflichtige Transaktion vor, da sich die Art der Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens ändert. Erstens erwirbt ein Gesellschafter, der in das kontrollierte Unternehmen eintritt, neu die Kontrolle über das betreffende Unternehmen. Zweitens wird das kontrollierte Unternehmen erst durch diese Transaktion zu einem Gemeinschaftsunternehmen, was nach der Fusionskontrollverordnung auch die Sachlage für das verbleibende kontrollierende Unternehmen entscheidend verändert: In Zukunft muss es die Interessen von einem oder mehreren anderen kontrollierenden Gesellschaftern mitberücksichtigen und muss mit diesen dauerhaft zusammenarbeiten. Vorher konnte es entweder das strategische Verhalten des kontrollierten Unternehmens allein bestimmen (alleinige Kontrolle) oder war jedenfalls nicht gezwungen, die Interessen bestimmter anderer Gesellschafter zu berücksichtigen und mit diesen dauerhaft zusammenzuarbeiten. [...]

IV. Gemeinschaftsunternehmen – Begriff der Vollfunktion

(91) Gem Art 3 Abs 1 lit b wird ein Zusammenschluss bewirkt, wenn ein oder mehrere Unternehmen

die Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines anderen Unternehmens übernehmen. Der Erwerb eines anderen Unternehmens durch mehrere Unternehmen, die gemeinsam Kontrolle ausüben, stellt daher einen Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung dar. Wie auch beim Erwerb der alleinigen Kontrolle über ein Unternehmen wird ein solcher Erwerb gemeinsamer Kontrolle die Marktstruktur verändern, selbst wenn nach den Plänen der erwerbenden Unternehmen das übernommene Unternehmen nach Transaktion nicht mehr als Vollfunktionsunternehmen anzusehen wäre (zB weil es künftig nur noch an die Muttergesellschaften verkauft wird). Eine Transaktion, bei der mehrere beteiligte Unternehmen gemeinsam von Dritten die Kontrolle über ein anderes Unternehmen oder Teile eines anderen Unternehmens erwerben und die die unter Nummer (24) aufgeführten Kriterien erfüllt, wird einen Zusammenschluss im Sinne des Art 3 Abs 1 darstellen, ohne dass das Vollfunktionskriterium geprüft werden müsste.

(92) Art 3 Abs 4 legt außerdem fest, dass die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (ein so genanntes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen), einen Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung darstellt. 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. [...]

C. Gemeinschaftsweite Bedeutung [...]

Erwerb der gemeinsamen Kontrolle

(139) Beteiligte Unternehmen beim Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neu gegründetes Unternehmen sind alle Unternehmen, die die Kontrolle über das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen erwerben (das nicht als beteiligtes Unternehmen angesehen werden kann, da es noch nicht besteht und darüber hinaus noch keinen eigenen Umsatz erzielt). Dieselbe Regel gilt, wenn ein Unternehmen eine zuvor bestehende Tochtergesellschaft oder einen Geschäftsbereich (über den es zuvor die alleinige Kontrolle ausübte) in das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einbringt. Unter diesen Umständen wird jedes der gemeinsam kontrollierenden Unternehmen als beteiligtes Unternehmen betrachtet, während die in das Gemeinschaftsunternehmen eingebrachten Unternehmen oder Geschäftsbereiche keine beteiligten Unternehmen sind und ihr Umsatz Teil des Umsatzes der anfänglichen Muttergesellschaft ist.

(140) Anders sieht es aus, wenn Unternehmen neu die gemeinsame Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen oder einen bereits vorhandenen Geschäftsbereich erwerben. Die beteiligten Unternehmen sind einerseits die Unternehmen, die die gemeinsame Kontrolle erwerben, und andererseits die zuvor vorhandenen übernommenen Unternehmen oder Geschäftsbereiche.“

Aus der Begründung:

1. Die AG ist als Partei des Prüfungsverfahrens rechtmittellegitimiert. [...]

2. Die AG vertritt, insb gestützt auf die FusKonMitt, die Rechtsansicht, dass

→ Art 3 Abs 1 lit b FKVO im Fall des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle (angesichts des Art 3 Abs 4 FKVO) neben einem Kontrollwechsel auch das (zukünftige) Vorliegen der Vollfunktionsfähigkeit des Zielunternehmens als Gemeinschaftsunternehmen verlange;

→ es sich auch bei einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen um die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens handle und für die Anwendbarkeit der FKVO das Kriterium der (zukünftigen) Vollfunktion ausschlaggebend sei. [...]

5.1. Die vom Kartellgericht vertretene Auffassung beruht auf einem engen Verständnis des Begriffs „Gründung“ in Art 3 Abs 4 FKVO. Die Rechtsansicht der AG setzt zum einen voraus, dass Art 3 Abs 4 FKVO den Anwendungsbereich von Art 3 Abs 1 lit b FKVO einschränkt, und zum anderen, dass der Begriff „Gründung“ weit auszulegen ist.

5.2.1. Soweit überblickt liegt Rsp des EuGH oder des EuG zur Auslegung des Begriffs „Gründung“ in Art 3 Abs 4 FKVO und zum Verhältnis von Art 3 Abs 1 lit b FKVO zu Art 3 Abs 4 FKVO nicht vor.

5.2.2. Eine zweifelsfreie Antwort auf diese Fragen ergibt sich auch nicht aus der FusKonMitt oder der Entscheidungspraxis der EK. Im Besonderen ist (weiterhin) unklar, ob die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens durch nachträgliche Beteiligung eines oder mehrerer Unternehmen und den damit verbundenen Kontrollwechsel von bisher alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens iSd Art 3 Abs 4 FKVO gleichsteht und daher das Vollfunktionserfordernis erfüllen muss, damit es anzumelden ist (*Körper in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht⁵ [2012] Art 3 FKVO Rn 127; s auch *Radicati di Brozolo/Gustafsson*, Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The Need for Clarification, *European Competition Law Review* 2003, 574 ff; *Balta*, Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation [Master thesis, Lund University 2012] 37).

[Begriff des Gemeinschaftsunternehmens]

5.3. Die FKVO enthält keine Definition des Begriffs „Gemeinschaftsunternehmen“. Als Gemeinschaftsunternehmen sind offenbar Unternehmen anzusehen, die von zwei oder mehreren anderen Unternehmen (oder natürlichen Personen, die bereits mindestens ein anderes Unternehmen kontrollieren) kontrolliert werden (*Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³ [2014] Art 3 FKVO Rn 27; *Lindemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht [2009] Art 3 FKVO Rn 41; *Wessely/Wegner* in *MünchKomm Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht* I² [2015] Art 3 FKVO Rn 112).

5.4. Art 3 Abs 4 FKVO stellt klar, dass die Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunterneh-

mens einen Zusammenschluss iS der FKVO bewirkt. E contrario kann daraus geschlossen werden, dass die Gründung eines Nicht-Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fällt. Gesichert ist dies für originär neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen („Greenfield“ Gemeinschaftsunternehmen) und nach Meinung der EK für Gemeinschaftsunternehmen, in das die Parteien Vermögenswerte einbringen, die sie zuvor allein besaßen (Rn 92 FusKonMitt).

5.4.1. Zum Verhältnis von Art 3 Abs 1 lit b FKVO vertritt zB *Käseberg* (in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹² Europäisches Kartellrecht [2014] Art 3 FKVO Rn 95 f), dass mit den Zusammenschlusstatbeständen nach Art 3 Abs 1 lit a und b FKVO alle denkbaren Formen von Transaktionen, durch die unternehmerisch genutzte Ressourcen unter den bestimmenden Einfluss eines anderen Unternehmens gelangen, erschöpfend erfasst werden. Infolge der weiten Auslegung des Begriffs Kontrollerwerb sei Art 3 Abs 4 FKVO im Ergebnis keine Ausweitung des Zusammenschlussbegriffs, sondern eine Eingrenzung. Die Vorschrift habe zur Folge, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nur in dem Fall als Zusammenschluss anzusehen sei, dass das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktions-Unternehmen sei (vgl auch *Radicati di Brozolo/Gustafsson*, Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The Need for Clarification, *European Competition Law Review* 2003, 574 [576 f]).

5.4.2. *Rudolf/Leupold* (Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, *Journal of European Competition Law & Practice* 439, 446 f) halten diese Interpretation für nicht überzeugend. Nach ihrer Ansicht könne und sollte Art 3 Abs 4 FKVO als Klarstellung gelesen werden, dass im Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein zusätzliches anmeldepflichtiges Ereignis eintritt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionalität hat, unabhängig davon, ob die Partner des Gemeinschaftsunternehmens bestehende Vermögenswerte einbringen oder nicht, und auch unabhängig davon, ob einer dieser Vermögenswerte ein „Unternehmen“ begründet. Werde ein Unternehmen eingebracht, ergebe sich die Anmeldepflicht dieses Vorgangs aus einer korrekten Anwendung des Art 3 Abs 1 lit b FKVO. In diesem Fall bedürfe es keiner Beurteilung, ob auch das Gemeinschaftsunternehmen, in das das Unternehmen eingebracht werde, in der Zukunft vollfunktional sein werde. Begründend verweisen sie auf ErwGr 20 FKVO, wonach in den Anwendungsbereich dieser VO auch alle Gemeinschaftsunternehmen einbezogen werden sollten, die auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Wäre mit Art 3 Abs 4 FKVO eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art 3 Abs 1 lit b FKVO gemeint gewesen, so machte der Ausdruck „auch alle“ wenig Sinn, sondern hätte durch das Wort „nur“ ersetzt werden sollen.

Auch *Balta* (Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation [Master thesis, Lund University 2012] 46) vertritt, dass

Art 3 Abs 4 den Anwendungsbereich von Art 3 Abs 1 lit b FKVO nicht eingrenzt.

5.5. Unter Berufung auf eine Zusammenschau von Rn 91 und 92 FusKonMitt sind *Wessely/Wegner* (in MünchKomm Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht I² [2015] Art 3 FKVO Rn 113) der Auffassung, Art 3 Abs 4 FKVO erfasse nicht nur den originären Gründungsakt eines Gemeinschaftsunternehmens, sondern auch den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle nach Art 3 Abs 1 lit b FKVO an einem schon bestehenden Unternehmen oder den Wechsel in der Kontrolle.

5.6. Dieser Ansicht lässt sich Folgendes entgegenhalten:

5.6.1. In Rn 91 FusKonMitt behandelt die EK nur den Fall, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein anderes Unternehmen oder Teile von Dritten umfasst. Für diesen Fall stellt sie klar, dass solch eine Transaktion einen Zusammenschluss iSd Art 3 Abs 1 FKVO bewirkt, ohne dass das Vollfunktionskriterium geprüft werden müsste.

5.6.2. Ob der Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen, das vorher von einer der künftig gemeinsam kontrollierenden Parteien besessen wurde, nach der FusKonMitt als anmeldepflichtiger Zusammenschluss anzusehen ist, hängt davon ab,

→ ob man Rn 86 FusKonMitt, die keine Beurteilung der Vollfunktionalität des Gemeinschaftsunternehmens erfordert, oder Rn 92 FusKonMitt folgt, die diese Prüfung verlangt (*Rudolf/Leupold*, Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, *Journal of European Competition Law & Practice* 439, 440 – 443), oder

→ ob aus Rn 91 FusKonMitt methodisch richtig der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass in dieser Konstellation ein Zusammenschluss nur bewirkt wird, wenn das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen ist (so *Rosenthal/Thomas*, *European Merger Control* [2010] Rn 73; *Brevern*, Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nach Art 3 Abs 4 der Fusionskontrollverordnung, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2012, 225 ff).

5.7. *Rudolf/Leupold* (Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, *Journal of European Competition Law & Practice* 439, 448 f) stellen nach Analyse von 43 Entscheidungen der EK, die im Zeitraum vom 28. 5. 2004 bis 30. 8. 2011 in Fällen des Wechsels von alleiniger Kontrolle zu gemeinsamer Kontrolle ergingen, fest, dass die EK in 19 Entscheidungen das Kriterium der Vollfunktionalität diskutiert und in 24 Entscheidungen dieses Kriterium nicht angesprochen hat.

5.8. *Balta* (Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation [Master thesis, Lund University 2012] 37) untersuchte Entscheidungen der EK, die in Fällen des Wechsels von alleiniger Kontrolle zu gemeinsamer Kontrolle vor der FKVO und unter der FKVO vor und nach der FusKonMitt ergingen. Seine Analyse ergibt nach seinen Aus-

fürungen, dass in diesen Fällen die Praxis der EK in Bezug auf die Anwendung des Kriteriums der Vollfunktionalität sehr inkonsistent ist und diese Inkonsistenz auch bei neueren Entscheidungen der EK zu sehen ist.

6. Da nicht klar ist, in welchem Verhältnis Art 3 Abs 1 lit b FKVO zu Art 3 Abs 4 FKVO steht und ob der Begriff „Gründung“ in Art 3 Abs 4 FKVO eng oder weit auszulegen ist, sieht sich der OGH zur Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH veranlasst.

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung ist aus mehreren Gründen von großem Interesse. Zunächst schon allein aufgrund des Umstands, dass das KOG das erste Mal in einer Zusammenschlussache an den EuGH vorlegt. Die Vorlagefrage hat zudem weit über den österr Rechtsbereich hinaus Bedeutung. Das KOG verlangt die Entscheidung des EuGH über den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung („FKVO“) auf sog Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen („Teilfunktions-GU“) und damit generell über die Zuständigkeit der EK in diesem Bereich. Die Relevanz der Vorlagefrage wird noch dadurch erhöht, dass es sich dabei um einen in der Praxis oft vorkommenden Sachverhalt handelt.

Es ist seit langem umstritten, ob Teilfunktions-GU nach dem KartG in die Fusionskontrolle fallen oder nicht. Das KOG vertritt, dass auch Teilfunktions-GU den Tatbestand der Fusionskontrolle gem § 7 Abs 1 KartG erfüllen können. Nur für § 7 Abs 2 KartG sei ein Vollfunktions-GU Voraussetzung. Der bisherige Schlusspunkt dieser Rsp war die umstrittene *Morawa-E* aus dem Jahre 2014, in der es um die Zusammenlegung der Logistikbereiche zweier Pressegrössen-Unternehmen ging und in der das KOG die Anwendung der Zusammenschlusskontrolle bestätigte (16 Ok 11/13).

Nun geht das KOG allerdings einen Schritt weiter und moniert, dass die EK ihre Zuständigkeit ablehnt, obwohl nach Auffassung des KOG durchaus ein Fusionskontrolltatbestand nach der FKVO vorliegen könnte. Ohne Zweifel sind die vom KOG ins Treffen geführten Argumente der Widersprüchlichkeit der Konsolidierten Mitteilung der EK sowie der widerstreitenden Literaturmeinungen und auch der Praxis der EK stichhaltig. Dieser Liste an Argumenten, weshalb doch die FKVO Anwendung finden könnte, wären uU noch weitere hinzuzufügen. Tatsächlich mutet es zB seltsam an, wenn – unbestrittenermaßen – die Übertragung eines wesentlichen Unternehmensteils von Unternehmen A an das Unternehmen B (dh der Erwerb alleiniger Kontrolle an einem solchen) immer einen Zusammenschlusstatbestand darstellt, dies aber nicht der Fall sein soll, wenn das Unternehmen B gemeinsame Kontrolle an einem solchen Unternehmensteil erwirbt.

Hinzu kommen die Schwierigkeiten bei der dann so essentiellen Abgrenzung zwischen Teil- und Vollfunktions-GU. Nach der Entscheidungspraxis der EK wird hier maßgeblich auf die zukünftige „Verwendung“ des gegenständlichen Unternehmens oder Unternehmensteils abgestellt, wobei eben bei Verwendung nur zur Leistungserbringung an bzw als Hilfsfunktion für die Muttergesellschaften ein Teilfunktions-GU und somit kein Zusammenschlusstatbestand vorliege. Allerdings

ist diese Abgrenzung gerade bei einem Unternehmensteil schon per se problematisch, zumal ein solcher auch in der neuen Struktur immer nur Teil eines größeren unternehmerischen Ganzen sein wird (zB wenn eine Kundendatei übergeben wird oder eine **wesentliche** Produktionsmaschine). Ohne eine entsprechende „Ergänzung“ durch die Muttergesellschaften bzw Eingliederung in ihre Organisation kann ein solcher Unternehmensteil typischerweise nicht auf dem Markt tätig sein. Ein selbständiger Marktauftritt eines Unternehmensteils ist daher ohnedies kaum denkbar. Wollte man daher einem Unternehmensteil die Eigenschaft, Gegenstand eines Zusammenschlusses sein zu können, nicht ganz absprechen, kommt man hier in kaum lösbare Abgrenzungsschwierigkeiten. Das relevante Kriterium ist daher wohl eher, ob der betreffende Unternehmensteil wesentlich ist oder nicht. Wird zB nur eine Lagerhalle eines Speditionsunternehmens übertragen oder die Büroeinrichtung eines Dienstleistungsunternehmens, sind wohl normalerweise keine Zusammenschlusstatbestände gegeben.

Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bzgl einer späteren Änderung der Verwendung eines Unternehmensteils. Würde das bedeuten, dass bei einer späteren Umsatzerbringung an Dritte immer nachträglich ein Zusammenschluss anzumelden wäre (vgl 16 Ok 3/13 – wobei hier noch zusätzliche Ressourcen von Seiten der Muttergesellschaften zugeführt wurden)? Man würde somit bei dieser Abgrenzung ohnedies besser davon ausgehen, wie dieser Unternehmensteil typischerweise verwendet wird und nicht alleine auf die faktische Nutzung im Konzern. Diese durchaus sehr differenziert zu betrachtenden Fragestellungen sind mit ein Grund für die sehr diverse bisherige Entscheidungspraxis der EK. Eine Klärung ist daher dringend notwendig.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass hinter der Einordnung als Zusammenschlusstatbestand auch immer eine rechtspolitische Fragestellung steckt. Wenn Teilfunktions-GU als Zusammenschlüsse gelten, so ist dieser Sachverhalt der Anwendung des Kartellverbots und der Bestimmungen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung entzogen (vgl 16 Ok 11/13 Rn 4.3 bzgl § 1 KartG). Die Verhaltenskontrolle wäre diesbezüglich durch eine Marktstrukturkontrolle verdrängt.

Trotz solcher rechtspolitischen Überlegungen hat hier wohl die systematische konsequente Anwendung des Zusammenschlussbegriffs – gerade auch was die Übertragung von Unternehmensteilen betrifft – Vorrang. Der Qualifizierung von Teilfunktions-GU unter den vom KOG getroffenen Annahmen als Zusammenschluss nach der FKVO ist daher zuzustimmen.
Raoul Hoffer, Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH

