

NZKart

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. Thorsten Käseberg

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

J. Martinez

**Kartellrecht und Agrarpolitik – eine europäische
Springprozeßion (Editorial)**

245

M. Ulshöfer

**Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot – Zur
Praxis des BKartA nach den Sektoruntersuchungen
Walzasphalt, Zement und Transportbeton**

246

L. Fiedler/M. Serafimova

**Wer sucht, der findet (wenn er kann):
Preisvergleichsmaschinenverbot im selektiven
Vertriebssystem nach „ASICS“**

252

R. Hoffer/L. A. Lehr

**Zum Durchführungsverbot in Österreich – Welcher
Zeitpunkt ist maßgeblich?**

256

M. Hiéramente

**Verfassungsrechtliche Aspekte der Anhörungspraxis
des BKartA bei Akteneinsichtsgesuchen Dritter**

260

EuG

**Aufhebung fusionskontrollrechtlicher
Verpflichtungszusagen (Lufthansa/Swiss)**

266

OLG Düsseldorf,

Urteil Süßwarenkartell

270

OLG Düsseldorf

Herausgabe von Beweismitteln II

275

OLG Düsseldorf

Berufung zum Kartell-Oberlandesgericht

278



C.H. BECK

6/2018

S. 245–284 11. Juni 2018



P350201806

Editorial

José Martinez		
Kartellrecht und Agrarpolitik – eine europäische Springprozeession		245

Aufsätze

Matthias Ulshöfer		
Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot		246
Lilly Fiedler/Mariya Serafimova		
Wer sucht, der findet (wenn er kann): Preisvergleichsmaschinenverbot im selektiven Vertriebssystem nach „ASICS“		252

Kurze Beiträge

Raoul Hoffer/Leo Alexander Lehr		
Zum Durchführungsverbot in Österreich – Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich?		256
Mayeul Hiéramente		
Verfassungsrechtliche Aspekte der Anhörungspraxis des Bundeskartellamtes bei Akteneinsichtsgesuchen Dritter		260

Berichte

Christoph Becher		
Tagungsbericht von den 1. Kölner Kartellrechtsgesprächen 2018: Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik		263

Entscheidungen

Gericht der Europäischen Union (EuG)

EuG	16. 5.2018 – T-712/16	Zur Aufhebung fusionskontrollrechtlicher Verpflichtungszusagen	266
-----	-----------------------	--	-----

Oberlandesgerichte (OLG)

OLG Düsseldorf	26. 1.2017 – V-4 Kart 6/15 (OWi)	Informationsaustausch über Verhandlungen mit der Marktgegenseite	270
OLG Düsseldorf	7. 5.2018 – VI-W (Kart) 2/18	Zum Anspruch auf Herausgabe von Bußgeldentscheidungen	275
OLG Düsseldorf	9. 5.2018 – VI-U (Kart) 1/18	Berufung zum Kartell-Oberlandesgericht	278
OLG München	8. 3.2018 – U 3497/16 Kart	Zum Kartellschadensersatz	284

Auch ist eine sorgfältige Begründung der Vorgaben an den Vertrieb empfehlenswert. Mehr als 90 % der Preisvergleichsmaschinen haben bereits Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität und des Images der Produkte unternommen.⁴⁵

VI. Ausblick

Der Fall *ASICS* passt zur aktuellen Diskussion über die Ausgestaltung des Europäischen Digitalen Binnenmarkts. Der BGH beschäftigt sich zum ersten Mal mit den Voraussetzungen der Zulässigkeit von Pauschalverboten der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen im selektiven Vertriebssystem. Ein Per-se-Verbot stellt eine Kernbeschränkung wegen Beschränkung zumindest des passiven Verkaufs dar.

Zugleich belässt die Entscheidung Spielräume für den Schutz legitimer Interessen der Hersteller. Zulässig sind Beschränkungen zur Wahrung der Qualität bzw. des Markenimages ihrer Produkte, soweit diese an qualitative Kriterien geknüpft sind. Wie solche qualitativen Anforderungen ausgestaltet werden können und inwiefern diese Grundsätze auch auf andere Vertriebsformen (wie den Alleinvertrieb) Anwendung finden, bleibt abzuwarten.

Die Diskussion um Onlinebeschränkungen im Selektivvertrieb ist jedoch nicht beendet. Die britische Kartellbehörde CMA hat bereits im September 2017 einen Abschlussbericht zu ihrer Studie zu Preisvergleichsmaschinen erlassen.⁴⁶ Darin hat die Behörde angedeutet, dass Preisvergleichsportale zwar generell positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können, jedoch einzelne Vertragsbestimmungen der Portale mit den Anbietern, insbesondere Bestpreisklauseln, kartellrechtlich problematisch sein können. Zeitgleich hat die Behörde Ermittlungen gegen ein Preisvergleichsportale im Ver-

sicherungswesen aufgenommen, welches durch seine Verträge mit Versicherern zu erhöhten Prämien für Wohnungsversicherungen geführt haben könnte.⁴⁷ In einem anderen Fall vor der CMA stellten sich nach Beschwerde des Autoportals carwow gegen BMW ähnliche Fragen zur Zulässigkeit der Beschränkung von Preisvergleichsmaschinen. BMW gab aber vor der Einleitung eines Verfahrens die Beschränkung von Preisvergleichsmaschinen auf.⁴⁸

Aktuell müssen sich wegen Beschränkung der Nutzung von Onlineplattformen auch Kosmetikerhersteller wie L'Oreal vor dem High Court⁴⁹ sowie Caudalie vor der belgischen Kartellbehörde⁵⁰ verantworten.

In Deutschland hat das BKartA im Oktober 2017 eine Sektoruntersuchung „Vergleichsportale“ im Internet gestartet.⁵¹ Hinsichtlich Vorgaben der Hersteller zur Online-Werbung könnte zudem die neu eingeleitete Sektoruntersuchung des BKartA neue Aufschlüsse geben.⁵² ■

45 Kommission, Commission Staff Working Document, a. a. O. Rn. 540.

46 CMA, Abschlussbericht v. 26.9.2017, „Digital comparison tools market study“, abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf> (Stand: 16.5.2018).

47 CMA, Pressemitteilung v. 26.9.2017, „Price comparison website: use of most favoured nation clauses“.

48 CMA, Pressemitteilung v. 24.1.2017, „BMW changes policy on car comparison websites following CMA action“.

49 MLex, Pressemitteilung v. 15.3.2018, „L'Oreal faces competition lawsuit from UK online retailer“, Az. CP-2018-000010.

50 MLex, Pressemitteilung v. 16.3.2018, „Caudalie faces Belgian antitrust probe over selective distribution of cosmetics“.

51 BKartA, Pressemitteilung v. 24.10.2017, „Bundeskartellamt startet Untersuchung von Vergleichsportalen“.

52 BKartA, Pressemitteilung v. 1.2.2018, „Bundeskartellamt startet Untersuchung der Marktverhältnisse bei Online-Werbung“.

Kurze Beiträge

Dr. Raoul Hoffer, LL.M., und Mag. Leo Alexander Lehr, LL. M. BSc, Wien*

Zum Durchführungsverbot in Österreich – Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich?

– Anmerkung zur Entscheidung des OGH vom 7.12.2017 –

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht („KOG“) ist die Reichweite des Durchführungsverbot, konkret der Zeitpunkt der Durchführungshandlung. Das KOG führt dabei durch eine Vielzahl an Meinungen in der Literatur und befasst sich zentral mit den beiden Thematiken Durchführungsverbot und Strafwürdigkeit des Verhaltens im Kartellrecht. Es wird dabei ein Punkt präzisiert, der in der Vergangenheit bereits im Mittelpunkt zahlreicher juristischer Diskussionen stand: Ab wann genau gilt ein Zusammenschluss als durchgeführt?

I. Einleitung

Mit der vorliegenden Entscheidung beendet der österreichische Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (KOG) die (bisher vor allem in der Literatur intensiv geführte) Diskussion betreffend den Zeitpunkt der Durchführung eines

Zusammenschlusses.¹ Werden die gesetzlich vorgegebenen Umsatzschwellen erreicht, müssen Zusammenschlüsse in Österreich verpflichtend bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) angemeldet und geprüft werden. Das Durchführungsverbot gem. § 17 KartG verbietet die Durchführung vor Freigabe des Zusammenschlusses bzw. vor Verzicht der Amtsparteien auf einen Prüfungsantrag.²

Es stellt sich in der Praxis die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Zusammenschluss als durchgeführt gilt, um als Betroffene verbotene vorzeitige Maßnahmen (sog. „gun jumping“) zu vermeiden.

* Dr. Raoul Hoffer ist Partner, Mag. Leo Alexander Lehr Rechtsanwältin bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1 KOG, Beschl. v. 7.12.2017, 16 Ok 2/17f., NZKart 2018, 242. Im Folgenden beziehen sich alle Randnummern ohne weitere Angabe auf diese Entscheidung.

2 Siehe Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht, 3. Aufl., 2017, § 17 KartG.

zu vermeiden. In dieser Entscheidung behandelt das KOG einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot und in der Folge die Frage, ob diesbezüglich ein Bußgeld aufzuerlegen ist. In der rechtlichen Beurteilung wird dabei umfassend auf die Meinungen in Literatur und Judikatur zum Thema, ob bereits der Erwerb einer (beherrschenden) Einflussmöglichkeit oder erst die Ausübung des Einflusses als Durchführung des Zusammenschlusses zu betrachten ist, eingegangen.

Die Frage, welche Maßnahmen „gun jumping“ darstellen, ist aktuell auch im Fokus der Europäischen Kommission (EK) sowie einer Vielzahl nationaler Wettbewerbsbehörden. In letzter Zeit wurden vom Europäischen Gericht (EuG) bzw. dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) unter anderem die Fälle *Marine Harvest*³ und *Electrabel*⁴ in diesem Zusammenhang behandelt, und durch die EK eine Geldbuße von € 124,5 Millionen gegen *Altice*⁵ wegen der verfrühten Durchführung eines Zusammenschlusses verhängt.

II. Sachverhalt

Die beiden österreichischen Gesellschaften T und S waren bis Oktober 2014 jeweils 50%ige Gesellschafter der Zielgesellschaft. Aufgrund tiefgreifender wirtschaftlicher Probleme der S im Jahr 2013 willigte T ein, für die übrigen Anteile ein verbindliches Kaufangebot mit Bindungsdauer bis April 2015 zu legen, welches S jederzeit annehmen konnte. Zu jener Zeit wurde eine Überschreitung der relevanten zusammenschlussrechtlichen Umsatzschwellen zwischen den Parteien nicht diskutiert oder erwägt.

Schon zum Zeitpunkt dieses Vertragsschlusses war T durch die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung in der Lage die Entscheidungsfindung innerhalb der gemeinsamen Gesellschaft zu beeinflussen und das Tagesgeschäft in gewissem Umfang zu bestimmen, auch gegen den Willen der Mitgesellschafterin. Unter anderem, durch ein vertraglich gesichertes Dirimierungsrecht bei Gesellschafterbeschlüssen, die mit einfacher Mehrheit gefasst werden müssen, sowie im Aufsichtsrat. Weiters war der Geschäftsführer von T in Personalunion Geschäftsführer der Zielgesellschaft.

Im Oktober 2014 entschloss sich S schließlich das Kaufangebot (Diktion in der Entscheidung: „Übernahmeangebot“) anzunehmen, die schriftliche Annahmeerklärung wurde T zeitnah zugestellt. Gleichzeitig bereitete S von sich aus einen Antrag auf Gesellschafteränderung im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien vor. Am 6.11.2014 wurde dieser Antrag vom Geschäftsführer von T (und gleichzeitig der Zielgesellschaft) unterzeichnet und anschließend eingebracht.

Erst am 26.11.2014 begann die Erwerberin T mit der kartellrechtlichen Prüfung und der Vorbereitung einer Anmeldung bei der BWB, unter Einbeziehung und Mithilfe der M&A-Abteilung ihrer deutschen Konzernmutter. Dabei mussten, unter anderem, die Umsätze außereuropäischer Konzernunternehmen mit österreichischen Gesellschaften miteinander berechnet werden, was sich scheinbar als äußerst aufwändig erwies.

Am 9.12.2014 wurde schließlich die Zusammenschlussanmeldung hinsichtlich des Erwerbs bei der BWB eingebracht. Dass die maßgeblichen Umsatzschwellen gem. § 9 Abs. 1 KartG überschritten wurden, sei dabei erst kurz vor Fertigstellung in Erfahrung gebracht worden. Es wurde in weiterer Folge von den Amtsparteien kein Prüfungsantrag vor dem Kartellgericht (KG) gestellt und somit der Zusammenschluss freigegeben.

Während des gesamten Zeitraums, von der Annahmeerklärung des Kaufangebots bis zur kartellrechtlichen Freigabe wurden von T keinerlei Maßnahmen gesetzt, durch die sie ihre beherrschenden Kontrollrechte tatsächlich ausgeübt hätte.

Die BWB beantragte jedoch nach Beendigung des Zusammenschlussverfahrens eine Geldbuße gegen T aufgrund der Durchführung des Zusammenschlusses durch Vornahme einer Firmenbucheintragung vor Wegfall des Durchführungsverbot gem. § 17 KartG.

III. Verfahren vor dem KG

Nach Argumentation der BWB sei der Zusammenschluss bereits mit der Annahme des Übernahmeangebots durch S am 23.10.2014 oder, *in eventu*, mit der Zustellung der Annahmeerklärung an die Antragsgegnerin wenige Tage später zustande gekommen. Durch die Vornahme einer Firmenbucheintragung zur Änderung der Gesellschafterverhältnisse, auch wenn diese nur deklarativ wirke, sei dieser Zusammenschluss durchgeführt und somit gegen das Durchführungsverbot gem. § 17 KartG verstoßen worden.

T argumentierte hingegen es sei entscheidend, ob die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt tatsächlich beeinflusst worden seien oder die betreffende Handlung zumindest dazu geeignet gewesen sei. Dies wäre nicht der Fall, solange die neuen Stimmrechte nicht tatsächlich ausgeübt würden. Darüber hinaus sei der Firmenbucheintrag lediglich deklarativ und hänge nicht direkt mit dem Eigentum am Geschäftsanteil zusammen. Schlussendlich liege auch gar kein neuer Zusammenschlusstatbestand vor, da T bereits vor der Übernahme der restlichen Gesellschaftsanteile „negative Kontrolle“ über die Zielgesellschaft gehabt hätte, da sie strategische Entscheidungen des anderen Gesellschafters verhindern habe können.

Das KG wies den Geldbußenantrag daraufhin ab. Es bestätigte die Ansicht, dass der Eintrag ins Firmenbuch über die Gesellschafterverhältnisse bloß deklarativ sei und überdies die Antragsgegnerin ihre Stimmrechte bis zum Ende des Durchführungsverbot nicht ausgeübt habe. Deshalb sei keine verfrühte Durchführungshandlung gesetzt worden. Überdies mangle es generell an „Strafbarkeit“ wegen der Kürze des Verstoßes, des mangelnden groben Verschuldens und der fehlenden Bereicherung der Antragsgegnerin. Auch die verspätete Anmeldung aus eigener Initiative wurde der Antragsgegnerin positiv angerechnet. Das KG ließ offen, ob der Wechsel von negativer auf positive Kontrolle überhaupt einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellen könne.

Die BWB erhob Rekurs gegen diesen Beschluss.

IV. Exkurs: Bisheriger Meinungsstand und frühere Rechtsprechung zum Durchführungszeitpunkt i. S. v. § 17 KartG

Nach § 17 KartG darf ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss erst durchgeführt werden, wenn die Amtsparteien innerhalb der gesetzlichen Frist⁶ keinen Prüfungsantrag gestellt oder auf einen solchen verzichtet haben. Das Gesetz enthält jedoch weder eine nähere Legaldefinition der

3 EuG, Urt. v. 26.10.2017, T-704/14 – *Marine Harvest*/Kommission.

4 EuGH, Urt. v. 3.7.2014, C-84/13 P – *Electrabel*/Kommission.

5 Kommission, 24.4.2018, IP/18/3522 – *Altice*.

6 Vier Wochen bzw. sechs Wochen nach § 11 (1 a) KartG, wenn dies der Anmelder begehrt.

„Durchführung“ noch klärt es, zu welchem Zeitpunkt eine solche eintritt. Um genau diesen Zeitpunkt hat sich in der österreichischen Lehre in der Vergangenheit eine umfangreiche Diskussion entwickelt.⁷ Ausgelöst wurde diese durch punktuelle Entscheidungen des KG, die einigen Interpretationsspielraum offenließen.

Ein Teil der Literatur vertrat bisher – hauptsächlich unter Verweis auf zwei frühere Entscheidungen des KG⁸ – den Standpunkt, dass das Konzept der Durchführung sehr eng auszulegen sei und erst „die tatsächliche Ausübung einer Einflussmöglichkeit“ als solche zu qualifizieren sei.⁹ In der sonstigen Judikatur fand diese Rechtsprechung jedoch keine zusätzliche Bestätigung.

Ein anderer Teil der Literatur vertrat im Gegensatz dazu die Ansicht, dass bereits jene Maßnahme, die dem Erwerber eine entsprechende rechtliche oder wirtschaftliche Einflussmöglichkeit eröffnet, als Durchführungshandlung zu betrachten sei.¹⁰ Auf den Zeitpunkt der ersten tatsächlichen Einflussnahme aufgrund dieser Position komme es somit nicht an. Begründet wird dies unter anderem damit, dass § 7 Abs. 1 Z 3 KartG bereits den Erwerb von 25% oder 50% der Anteile einer Gesellschaft als Zusammenschlusstatbestand ansieht ohne eine Berücksichtigung etwaiger Ausübung dieser Stimmrechte. Weiters spreche die Auslegung des Durchführungsverbot auf europäischer Ebene ebenfalls für die zweite Ansicht.¹¹

V. Entscheidung des KOG

Das KOG wies zwar den Rekurs ab, der Senat bestätigte jedoch in seinen Ausführungen die Auffassung, dass ein Zusammenschluss bereits „durchgeführt“ i. S. v. § 17 KartG wird, sobald der Erwerber die Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme besitzt. Es komme nicht erst auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Einflussnahme an.¹²

Es wird vom KOG zuerst durch die beträchtliche Anzahl an (teils konträren) Meinungen in der Literatur geführt (s. oben).¹³ Danach wird auch das europäische Zusammenschlussrecht zur Interpretation herangezogen, da das Vollzugsverbot im Rahmen der FKVO¹⁴ dem österreichischen Durchführungsverbot in vielen Bereichen gleicht.¹⁵ Insgesamt gilt in der europäischen wettbewerbsrechtlichen Literatur jedoch die nahezu einheitliche Sichtweise, dass bereits die Erlangung der bloßen Möglichkeit der Kontrolle als Vollzugshandlung gilt.¹⁶

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Begriff „Vollzug/Durchführung“ in der FKVO selbst ebenso wenig definiert wird wie im öst. KartG.¹⁷ Dennoch werden aber von der Europäischen Kommission teils schon der Erwerb von Minderheitsanteilen oder bestimmte frühzeitig vereinbarte vertragliche Kontrollrechte als mögliche Vollzugshandlungen gewertet, ohne dass dadurch Kontrolle tatsächlich ausgeübt wird.¹⁸ Das Vollzugsverbot der FKVO wurde damit bisher extensiv ausgelegt.¹⁹

Das KOG lässt in weiterer Folge auch den Einwand nicht gelten, dass im österreichischen Zusammenschlussrecht – im Gegensatz zur Freistellungsmöglichkeit durch die EK in Art 7 Abs 2, 3 FKVO²⁰ – keine Ausnahme vom Durchführungsverbot vor Freigabe möglich ist und deshalb eine weniger strenge Auslegung des gesetzlichen Durchführungsbegriffes geboten sei.²¹

Das KOG stellt somit fest, dass T im vorliegenden Fall sehr wohl gegen das Durchführungsverbot verstoßen habe, da diese nicht sofort nach Kenntnis der Annahmeerklärung das Zusammenschlussvorhaben bei der BWB angemeldet habe. Auf das Vorbringen, dass bereits vor dem beschriebenen Sachverhalt „negative Kontrolle“ von T über die Zielgesellschaft vorgelegen habe, geht das KOG nicht ein.

Das KOG stimmt jedoch dem Erstgericht insoweit zu, dass kein „strafwürdiges“ Verhalten vorliege. Zumal die Geldbuße eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter sei, müssten hier § 42 StGB (nunmehr § 191 StPO) und § 21 VStG aus dem (Verwaltungs-)Strafrecht analog angewandt werden.²² Gemäß diesen Regelungen sei von einer Strafe abzusehen, wenn das Verschulden geringfügig sei, die Folgen einer Übertretung unbedeutend seien und eine Bestrafung weder aus spezial- noch generalpräventiven Gründen notwendig sei.²³

Die Antragsgegnerin habe zum Zeitpunkt der Legung des Übernahmeangebots noch nicht vom Überschreiten der Umsatzschwelle ausgehen können, und weiters nach dessen Annahme kaum Vorbereitungs- und Reaktionszeit gehabt. Sie habe die Anmeldung zum Firmenbuch auch nicht kontrollieren können und darüber hinaus in der darauffolgenden Zeit keinen Einfluss auf die Zielgesellschaft ausgeübt. Der Zusammenschluss sei auch in Folge von der BWB „durchgewunken“ worden, da er von untergeordneter wirtschaftlicher Relevanz gewesen sei. Das KOG hält ausdrücklich fest, dass Verstöße gegen das Kartellrecht keinesfalls „Kavaliersdelikte“ seien, jedoch bestehe *in casu* aufgrund des Verhaltens der T keine spezialpräventive Notwendigkeit einer Geldbuße.²⁴

VI. Würdigung

Gerade aufgrund der derzeit auf vielen Ebenen erfolgenden Diskussion betreffend das Durchführungsverbot,²⁵ ist die

7 Vgl. im Detail *Krenn*, *Gun Jumping* im österreichischen und europäischen Kartellrecht, ÖZK 2011, 187.

8 KG, *Entsch. v. 12.12.1999*, 25 Kt 257, 367/99 sowie KG, *Entsch. v. 19.6.2013*, 29 Kt 52/13.

9 Siehe *Urlesberger*, in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, 2. Aufl., § 17 KartG Rn 7; oder auch *Gugerbauer*, *KartG*, 3. Aufl., § 17 Rn 8 f.

10 Etwa *Hoffer*, *Kartellgesetz*, 200 f.; *Krenn*, 187 ff.; oder *Reidlinger/Hartung*, *Das österreichische Kartellrecht*, 3. Aufl., 204.

11 *Krenn*, 188.

12 Rn I.1.

13 Rn I.4.

14 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“), *ABl. L 24* vom 29.1.2004.

15 Rn I.5.

16 Z. B. *Ablasser-Neuhuber*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, *Kartellrecht*, 3. Aufl., Art 7 FKVO Rn 5.

17 Rn I.5.

18 Siehe Kommission, *Beschl. v. 23.7.2014*, M.7184 – *Marine Harvest*; Kommission – *Altice*.

19 Siehe *Carloni*, *Electrabel v Commission & COMP M.7184 Marine Harvest/Morpol: Gun-jumping and Violation of the Merger Standstill Obligation in Europe*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5, 10, 2014, 693-696.

20 Die Kommission kann vom Vollzugsverbot auf Antrag eine Freistellung erteilen und besitzt hier einen relativ großen Ermessensspielraum. Für eine Freistellung sprechen Umstände, die Schaden befürchten lassen, wenn etwa einem Unternehmen ohne sofortigen Vollzug die Insolvenz droht.

21 Rn I.6.

22 Rn II.1.

23 Rn II.2.

24 Rn II.3.

25 Auch außerhalb Europas, vgl. etwa die Leitlinien des brasilianischen „Administrative Council For Economic Defense“ (CADE), *Guidelines For The Analysis Of Previous Consummation Of Merger Transactions*, 2016.

Praxis stark auf maßgebende Judikatur angewiesen. Tatsächlich gibt es immer noch viele Zweifelsfragen, wenn es darum geht, unternehmerischen Maßnahmen im Verhältnis zwischen Erwerber und Zielgesellschaft zu definieren, die (noch) keine Durchführungsmaßnahme darstellen.²⁶ Jede wegweisende höchstgerichtliche Aussage im Hinblick auf das Durchführungsverbot ist daher im Sinne der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen zu begrüßen.

Wesentlich ist dabei zunächst die Kernaussage des KOG, dass bereits das Erlangen der Einflussmöglichkeit als Durchführung gilt, und die damit erfolgte Lösung dieser Streitfrage in der Lit. Das KOG orientiert sich damit auch an der Auslegung des Vollzugsverbotes der FKVO durch die EK. Das ist sinnvoll und auch konsistent mit der Intention des österreichischen Gesetzgebers, der die Zusammenschlusskontrolle auch (aber nicht zur Gänze) nach dem Vorbild der FKVO gestaltet hat.²⁷ Für die vorliegende Fallkonstellation (Erwerb der Gesellschaftsanteile) ist dies auch der einzig logische Ansatz. Ansonsten würde die Zielgesellschaft in dem Interimszeitraum zwischen Veräußerung der Anteile durch den ursprünglichen Eigentümer und „Ausübung“ der Rechte durch den Erwerber kartellrechtlich quasi „herrenlos“ sein (der Veräußerer würde mangels Einflussmöglichkeit nicht mehr kontrollieren und der Erwerber hätte mangels Ausübung seiner bestehenden Einflussmöglichkeit noch keine Kontrolle).

Eine zweite wesentliche Aussage der Entscheidung betrifft die Frage der Strafwürdigkeit, d.h. ob eine Geldbuße abhängig von der Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu verhängen sei. Mit dem Absehen von einer Geldbuße in diesem Fall beschreitet das KOG einen vorerst milderen Weg als ihn die EK vorzeigt. Während die Geldbußen für Verstöße gegen das Durchführungsverbot i.R.d. FKVO derzeit stark ansteigen und solche selbst in durchaus als Zweifelsfälle zu bezeichnenden Situationen mit Härte verfolgt werden,²⁸ wird in der vorliegenden Entscheidung mit Verweis auf den strafrechtsähnlichen Charakter der kartellrechtlichen Geldbuße und den geringen Grad des Verschuldens von einer solchen Abstand genommen.²⁹ Dies ist auch nach der bisherigen Rspr. des KOG überraschend. In der Vergangenheit wurde bei kartellrechtlichen Verstößen regelmäßig ohne weiteres zumindest Fahrlässigkeit auf Seiten der betroffenen Unternehmen angenommen. Dabei wurde hier nun gerade die Tatsache, dass die Kontrolle noch nicht ausgeübt wurde, als wesentlicher Grund für die Nichtauferlegung der Geldbuße herangezogen. Über diesen „Umweg“ kommt somit die Verteidigungsargumentation der Antragsgegnerin doch noch – wenn auch nur auf Ebene des Strafnachlasses – zur Geltung. Ob diese Entscheidung nun generell eine neue, „mildere“ Behandlung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot in Österreich einläutet, ist damit aber noch nicht gesagt. Zu sehr wurden in der Entscheidung die Besonderheiten der Fallkonstellation betont.

Obwohl damit in diesem Fall die wesentliche Sanktion für einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zur Gänze weggefallen ist, stellt sich mit der grundsätzlichen Bejahung des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot noch die Frage, wie sich die Unwirksamkeitssanktion i. S. v. § 17 Abs. 3 KartG auswirkt (...*„Verträge sind unwirksam, sofern sie dem Durchführungsverbot widersprechen“*...). Dieses Thema wird naturgemäß in dieser Entscheidung nicht angesprochen.³⁰ Auch hier ist die Rechtslage noch nicht durch höchstgerichtliche Judikatur geklärt, namentlich, ob die Unwirk-

samkeit durch eine nachträgliche Anmeldung des Zusammenschlusses heilt, und, gegebenenfalls, ob diese Heilung dann *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt. Die wohl richtige Auffassung, die auch maßgeblich in der Literatur vertreten wird, ist wohl jene, dass die nachträgliche Anmeldung die Unwirksamkeit *ex tunc* heilt.³¹ Als Eingriffsnorm ist diese Regelung nämlich restriktiv zu interpretieren. Zumal die Sanktionierung des Verstoßes ohnedies über die Geldbuße erfolgt, wird man richtigerweise auch nicht annehmen, dass es sich hier um eine Strafbestimmung handelt. Die Unwirksamkeit geht daher wohl nur soweit als es der Zielsetzung des Durchführungsverbotes, nämlich die vorzeitige Einflussnahme des Erwerbers auf die Zielgesellschaft zu verhindern, entspricht. Durch die erfolgte Anmeldung bzw. insbesondere die Freigabe fällt diese Zielsetzung weg.³² Im Ergebnis kommt man daher hier zu einer „schwebenden Unwirksamkeit“, die wiederum in Einklang mit der Konzeption der FKVO steht.³³

Angemerkt sei, dass die auch vom KG erwähnte Argumentation der Antragsgegnerin, hier habe nur ein Wechsel von negativer zu positiver Kontrolle stattgefunden, mit Recht vom KOG nicht behandelt wurde. Wenn nämlich – wie hier – die Zielgesellschaft nur zwei Gesellschafter hat, dann ist negative Kontrolle schon konzeptuell nicht vorstellbar. Hier besteht dann entweder alleinige (positive) oder gemeinsame Kontrolle.³⁴ Das KOG hat offensichtlich angenommen, dass die vorexistierenden Einflussrechte des Erwerbers noch nicht für (positive) alleinige Kontrolle desselben ausgereicht haben und daher entweder gemeinsame Kontrolle oder alleinige Kontrolle von S vorlag. Zumal die Frage vom KG aufgeworfen wurde, sei allerdings an dieser Stelle angemerkt, dass – sollte sich in einer anderen Konstellation einmal tatsächlich ergeben, dass alleinige negative Kontrolle in eine alleinige positive Kontrolle aufgewertet würde – hier wohl kein neuer Zusammenschlusstatbestand anzunehmen wäre. Das würde ansonsten dem System des KartG widersprechen, das selbst nicht zwischen negativer und positiver alleiniger Kontrolle unterscheidet, aber auch in der bisherigen Literatur keine

26 Siehe *Purps/Beaunier*, „Gun Jumping“ nach Altice: Im Westen was Neues?, NZKart 2017, 228.

27 So sind etwa nicht alle Zusammenschlussbegriffe deckungsgleich, das österreichische KartG kennt z. B. den zusätzlichen Zusammenschlusstatbestand einer Beteiligung von 25%, vgl. dazu *Urlesberger*, in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Vor § 7 Rn 43.

28 Vgl. Strafen von EUR 20 Mio. in *Marine Harvest* und von EUR 124,5 Mio. in *Altice*; vgl. zur Quantität der Verfolgung auch *Werner/Clerckx/de la Barre*, Commission Expansionism in EU Merger Control – Fact and Fiction, *Journal of European Competition Law & Practice*, 9, 3, 2018, 133–145.

29 Rn II.3.

30 Zumal die Frage der möglichen Unwirksamkeit des Kaufvertrages über die gegenständlichen Gesellschaftsanteile aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot eine rein zivilrechtliche ist und somit typischerweise nicht Gegenstand einer kartellgerichtlichen Entscheidung.

31 *Hoffer/Barbist*, 65 ff.; ebenfalls die schwebende Unwirksamkeit behandelnd, *Wessely*, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 118, *Koppensteiner*, WettbR, 3. Aufl., § 13 Rn 64.

32 *Hoffer/Barbist*, 65; ähnlich auch *Urlesberger*, in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, § 17 Rn 31.

33 Der Wortlaut in Art 7 Abs. 4 FKVO indiziert ebenfalls schwebende Unwirksamkeit, siehe *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., FKVO, Art 7, Rn. 12.

34 Negative alleinige Kontrolle läge nämlich nach dem klassischen Verständnis dieses Begriffes nur dann vor, wenn ein einzelner Gesellschafter bestimmte, strategische Entscheidungen zwar durch sein Veto verhindern kann, jedoch dennoch nicht die Möglichkeit hat, die Geschäftstätigkeit alleine festzulegen und nicht gemeinsame Kontrolle vorliegt. Dies wäre etwa bei einer Stimmrechtsverteilung von 50:25:25 bei drei Gesellschaftern denkbar, da hier der Hälfte-Gesellschafter jegliche mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschlüsse blockieren kann, alleine jedoch keine Mehrheit besitzt. Im Drei-Gesellschafterverhältnis kann es daher durchaus zu alleiniger negativer Kontrolle kommen, siehe KOG, *Beschl. v. 21.1.2008*, 16 Ok 7/07, Rn 3.2.2.

Grundlage finden.³⁵ Zusätzlich wurde in der Jud. bereits festgehalten, dass, wurde einmal ein alleine kontrollierender Einfluss von einem Gesellschafter angemeldet und vollzogen, eine weitere Verstärkung desselben keinen neuen Zusammenschluss darstellt.³⁶

VII. Fazit

Das KOG geht hier insgesamt einen konsequenten Weg zur Bestimmung des Zeitpunkts der Durchführung eines Zusammenschlusses. Mit dem Ergebnis, dass einerseits bereits das Erlangen der wirtschaftlichen oder rechtlichen Einflussmöglichkeit als Durchführungshandlung zu sehen ist, und andererseits die Frage der tatsächlichen Ausübung einer solchen Kontrolle im Rahmen der Strafwürdigkeit berücksichtigt wird, klärt es einen Meinungsstreit in der Literatur letztlich unter Berücksichtigung beider Argumentationslinien. Die in diesem Zusammenhang aufgezeigte Möglichkeit, von einer Geldbuße im Einzelfall auch gänzlich abzusehen, ist erfreulich.

Die Entscheidung fügt sich in die aktuelle Vielzahl an Fällen betreffend die Behandlung von Verstößen gegen das Durchführungsverbot ein, und sorgt erfreulicherweise für etwas mehr Klarheit und zusätzliche Orientierung, wohl auch über Österreichs Grenzen hinaus.

Zusätzlich spannend bleibt die weitere Entwicklung der Judikatur betreffend das Durchführungsverbot auch auf europäischer Ebene – dies nicht zuletzt, zumal hier auch immer wieder Rückwirkungen auf die österreichische Entscheidungspraxis zu erwarten sind.³⁷

35 Siehe z. B. *Hoffer/Barbist*, 37; *Urlesberger*, in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, § 7 Rn 79 ff., wo stets nur der Wechsel (in beide Richtungen) zwischen gemeinsamer und alleiniger Kontrolle als relevant angenommen wird.

36 Vgl. etwa KOG, Beschl. v. 30.5.2005, 16 Ok 16/04 – *Brauerei Schlading*, wo die alleinige Kontrolle schon aufgrund vertraglicher Rechte bestand und eine Erhöhung der Beteiligung des kontrollierenden Unternehmens von 33% auf 90% des Stammkapitals keinen neuen Zusammenschluss begründete.

37 Vgl. dazu etwa das aktuelle Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, eingereicht am 7.12.2016, C-633/16 – *Ernst & Young*.

Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg*

Verfassungsrechtliche Aspekte der Anhörungspraxis des Bundeskartellamtes bei Akteneinsichtsgesuchen Dritter

Dritte haben häufig Interesse an der Einsichtnahme in die Akte des Bundeskartellamtes in Bußgeldverfahren. Erfolgt dies über § 406e Abs. 1 S. 1 StPO, sind die Betroffenen vorab zu hören. Die Art und Weise der Anhörung ist gesetzlich allerdings nicht definiert. Das Bundeskartellamt neigt demgemäß dazu, den Betroffenen nur die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, den Akteneinsichtsanspruch des Dritten indes nicht offenzulegen. Diese Praxis ist im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts problematisch.

I. Einleitung

Das Bußgeldverfahren der Kartellbehörden steht häufig am Anfang langwieriger juristischer Auseinandersetzungen für die Beteiligten einer kartellrechtswidrigen Absprache. Die nicht selten öffentlichkeitswirksamen Ermittlungen des Bundeskartellamtes (vgl. § 53 Abs. 5 GWB)¹ rufen Vertragspartner der Kartellteilnehmer auf den Plan, die sich durch eine Absprache, etwa zum Preis eines Produkts oder Lieferkonditionen, wirtschaftlich benachteiligt sehen. Schadensersatzforderungen in Millionenhöhe stehen schnell im Raum. Für die Geltendmachung möglicher Schadensersatzansprüche ist das geschädigte Unternehmen allerdings auf Informationen angewiesen. Zur Erleichterung der klageweisen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sieht das GWB einige Regelungen vor. In § 33 b GWB wird beispielsweise eine Bindungswirkung der Bußgeldentscheidung der Kartellbehörden statuiert. Dies reicht indes nicht immer aus. Ein (möglicher) Geschädigter kennt regelmäßig den genauen Wortlaut der Bußgeldentscheidung nicht und hat daher ein Interesse daran, diesen vor Erhebung einer Schadensersatzklage zu sichten. Es besteht zudem immer ein Interesse an weitergehenden Informationen, um den Sachvortrag vor den Zivilgerichten – insbesondere zu Schaden

und Schadenskausalität – so präzise wie möglich zu gestalten.² Das neue GWB gibt möglichen Geschädigten zwar Möglichkeiten der Beweisgewinnung über eine abgemilderte Form der „Discovery“ an die Hand (vgl. § 33 g Abs. 1 GWB). Diese erfordert allerdings eine genaue Bezeichnung von Beweismitteln und eine grundsätzliche Bereitschaft zur Kostentragung (vgl. § 33 g Abs. 7 GWB). Auch das vorgesehene Verfahren erschwert die Beweisgewinnung in der Praxis. Hinzukommt, dass für das geschädigte Unternehmen bei mehreren Kartellteilnehmern schwer abzusehen ist, ob und wenn ja bei welchem der Kartellanten die gewünschten (oder erhofften) Beweismittel (noch) vorliegen. Der (teilweise) Zugriff auf die behördliche Verfahrensakte verspricht hier ein breiteres Bild und zudem Einblick in die Bewertungen des Bundeskartellamtes. Mit der 9. GWB-Novelle hat es auch hier Veränderungen gegeben. So wird der § 406e StPO zukünftig in Teilbereichen durch den § 89 c GWB verdrängt und ermöglicht einen Informationszugang über die Zivilgerichte.³ Informationsbeschaffung über das strafprozessuale Akteneinsichtsrecht des § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO ist allerdings auch heute noch ein probates Mittel.⁴

II. Das Verfahren vor Bundeskartellamt und AG Bonn

Das Akteneinsichtsrecht mag ein vergleichsweise trockenes Thema sein. Dahinter verbergen sich allerdings Fragen mit verfassungsrechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung.

* Dr. Mayeul Hiéramente ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und Partner bei Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB (FHM) in Hamburg.

1 *Seifert*, NZKart 2017, 512.

2 *Gänswein*, WuW 2017, 369.

3 Dazu im Einzelnen *Seifert*, NZKart 2017, 512.

4 Vgl. auch *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 33, Rn. 41 ff.; *Seifert*, NZKart 2017, 512, 517.