

Markenrechtsreform

VfGH peilt an:
Homo-Ehe

2. Erwachsenenschutzgesetz
Zentrale Neuerungen

Untersuchungshaft
Grundrechtsschutz durch OGH?

Business Judgment Rule
Drei nuancierende Entscheidungen

EU Fusionskontrolle
Erste Vorabentscheidung EuGH

Deutsche Genussscheinerträge
Debüt des EuGH als DBA-Schiedsrichter

Austria Asphalt: Eine richtungsweisende Entscheidung zur EU Fusionskontrolle

Auf Vorlage des OGH hat der EuGH im überhaupt ersten Vorabentscheidungsverfahren zur europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO) ein richtungsweisendes Urteil getroffen: Der Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen fällt nur dann in den Anwendungsbereich der FKVO, wenn das daraus entstehende Gemeinschaftsunternehmen vollfunktionsfähig ist. Das Urteil schafft Rechtssicherheit für ähnliche Fallkonstellationen in der Vergangenheit und in Zukunft. Allfällige Auswirkungen auf die österr Zusammenschlusstatbestände des § 7 KartG bleiben abzuwarten.

BERNHARD KOFLER-SENONER / JOHANNES FRANK /

STEFAN HIRNER

A. Hintergrund des Verfahrens

Es ist nicht das erste Mal, dass Vorlagen österr Gerichte dem EuGH Gelegenheit geben, schon lange schwelende Fragen des europäischen Wettbewerbsrechts zu klären.¹⁾ Auch der Fall *Austria Asphalt*,²⁾ mit dem sich der vorliegende Aufsatz befasst, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit als *leading case* in die Annalen der Judikatur zur europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)³⁾ eingehen. Das zeigt schon die Einleitung der SA von GA Kokott in dieser Rechtssache, in der die Bedeutung des EuGH-Urteils pointiert in Szene gesetzt wird: „Viel mag sich der Minnesänger Ulrich von Liechtenstein gedacht haben, als er anno 1227 auf seiner literarisch verewigten Reise von Venedig nach Böhmen den Ort Mürrzuschlag im heutigen Österreich passierte. Ob er aber damals schon voraussah, dass dieses malerisch gelegene Städtchen an den Ufern des Flusses Mürrz dereinst Schauplatz des ersten Vorabentscheidungsverfahrens zur europäischen Fusionskontrolle sein würde?“⁴⁾

1. Sachverhalt und Anlassverfahren

Dem EuGH-Urteil liegt ein – in der Praxis konzeptionell durchaus häufiges – Transaktionsvorhaben zur Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) zugrunde: Strabag SE beabsichtigte, über ihre Konzerngesellschaft Austria Asphalt GmbH & Co OG (*Austria Asphalt*) 50% (und damit gemeinsame Kontrolle) an einer bereits bestehenden Asphaltmischanlage im steirischen Mürrzuschlag zu erwerben, die (indirekt) zur Gänze von der Porr AG gehalten wird. Die Anlage sollte künftig zum überwiegenden Teil die Muttergesellschaften mit Asphalt beliefern und damit keine Vollfunktionsfähigkeit aufweisen.

Austria Asphalt meldete die Transaktion im August 2015 bei der BWB an. Aufgrund eines Prüfungsantrags des Bundeskartellamts wurde in der Folge das OLG Wien als Kartellgericht (KG) mit dem Zusammenschlussvorhaben befasst. Das KG sah sich jedoch als unzuständig an: Der Erwerb

gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen fiel, so das KG, zwar nicht unter Art 3 Abs 4 FKVO (Gründung von Vollfunktions-GU), stelle jedoch einen Kontrollerwerb gem Art 3 Abs 1 lit b FKVO dar; diese Bestimmung setze keine Vollfunktionsfähigkeit voraus. Aufgrund der Überschreitung der Umsatzschwellenwerte der FKVO sei die Europäische Kommission (*Kommission*) zuständig.

Austria Asphalt erhob gegen den Unzuständigkeitsbeschluss des KG Rekurs an den OGH als Kartellobergericht (*KOG*). Das KOG erachtete die Frage des Verhältnisses von Art 3 Abs 1 lit b zu Art 3 Abs 4 FKVO sowie den Begriff der „Gründung“ iSv Art 3 Abs 4 FKVO für klärungsbedürftig und legte folgende Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor: „Sind Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 [FKVO] dahin auszulegen, dass im Fall des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen, wobei das vormalig allein kontrollierende Unternehmen weiterhin mitkontrollierend beteiligt bleibt, nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit aufweist?“⁵⁾

Erwähnt sei auch, dass die Generaldirektion Wettbewerb (zuständige Dienststelle der Kommission) im Vorfeld auf Ersuchen von Austria Asphalt in einem unverbindlichen Verwaltungsschreiben

Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M., ist Partner von CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH, leitet dort die Praxisgruppe Kartellrecht und war federführend am Verfahren beteiligt. Mag. Johannes Frank und Mag. Stefan Hirner, LL.M., sind Rechtsanwaltsanwärter und Mitglieder dieser Praxisgruppe bei CHSH.

- 1) Vgl EuGH 26. 11. 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*; 5. 6. 2014, C-557/12, *Kone AG ua/ÖBB-Infrastruktur AG*.
- 2) EuGH 7. 9. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellamt*.
- 3) VO (EG) 139/2004 des Rates v 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 2004/24, 1.
- 4) SA GA Kokott 27. 4. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellamt*, Rz 1.
- 5) OGH 31. 3. 2016, 16 Ok 1/16g.

mitteilte, dass das Vorhaben keinen Zusammenschluss iSd Art 3 FKVO darstelle und nicht bei der Kommission anzumelden sei.

2. Rechtlicher Rahmen und Argumentationslinien im Verfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren betraf somit die zusammenschlussrechtlichen Bestimmungen des Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 FKVO: Art 3 Abs 1 lit b FKVO normiert den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollierwerks über ein oder mehrere Unternehmen. Für GU (dh ein von mindestens zwei Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen) sieht Art 3 Abs 4 FKVO vor, dass die *Gründung eines GU*, das *auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt*, einen Zusammenschluss darstellt. Derartige „Vollfunktions-GU“ üben iW nicht bloße Hilfsfunktionen für die Muttergesellschaften aus und verfügen über eine eigene Marktpräsenz (das Gegenstück zu „Vollfunktions-GU“ sind sog „Teilfunktions-GU“).

Fraglich war, in welchem Verhältnis Art 3 Abs 1 lit b FKVO zu Art 3 Abs 4 FKVO steht und ob der Begriff der *Gründung* eng oder weit auszulegen sei. Die Entscheidungspraxis der Kommission dazu war uneinheitlich: Während die Kommission die Vollfunktionsfähigkeit in derartigen Konstellationen in manchen Entscheidungen prüfte,⁶⁾ stellte sie in anderen Fällen nicht darauf ab.⁷⁾

Die unterschiedlichen Auffassungen im Verfahren können wie folgt zusammengefasst werden:⁸⁾ Vereinfacht gesagt war das KG der Ansicht, dass – vor dem Hintergrund der Auslegung und Rsp zu § 7 Abs 2 KartG – auch Art 3 Abs 4 FKVO ausschließlich originäre Neugründungen von GU umfasse und daher im konkreten Fall von einem Kontrollierwerk über ein Unternehmen iSv Art 3 Abs 1 lit b FKVO auszugehen sei. Die Kommission revidierte im EuGH-Verfahren ihren ursprünglichen Standpunkt, den sie im Verwaltungsschreiben eingenommen hatte, und argumentierte in eine ähnliche Richtung. Sie begründete dies ua mit Wortlaut, Zusammenhang, Ziel und Entstehungsgeschichte der FKVO sowie der Auslegung ihrer konsolidierten Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (*Konsolidierte Mitteilung*).⁹⁾

Austria Asphalt hingegen vertrat (gestützt auf systematische Erwägungen und Literatur)¹⁰⁾ die Rechtsauffassung, dass Art 3 Abs 4 FKVO den Art 3 Abs 1 lit b FKVO „einschränkt“, sohin nur Vollfunktions-GU Art 3 FKVO unterliegen und damit das Zusammenschlussvorhaben keinen Zusammenschluss iSv Art 3 FKVO darstellt. Auch nach Ansicht des Bundeskartellanwalts sollte die Kommission für derartige Zusammenschlussvorhaben nicht zuständig sein.

B. Die Entscheidung des EuGH

1. Urteil

Der EuGH hat in seinem Urteil die strittige Frage eindeutig gelöst und für Recht erkannt, dass infolge einer Änderung der Art der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss iSd Art 3

FKVO bewirkt werde, wenn das daraus hervorgegangene GU Vollfunktionsfähigkeit aufweise.¹¹⁾ Er folgte damit inhaltlich auch den SA der GA *Kokott* (die im folgenden Abschnitt angegebenen Verweise beziehen sich auf die Rz des EuGH-Urteils).

2. Begründung des EuGH

Einleitend hielt der EuGH fest, dass sich dem Wortlaut von Art 3 Abs 1 lit b in Zusammenschau mit Art 3 Abs 4 FKVO nicht entnehmen lasse, ob bei einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen nur dann ein Zusammenschluss erfüllt sei, wenn dem daraus hervorgehenden GU Vollfunktionsfähigkeit zukomme (Rz 18). Schließlich erfülle diese Konstellation zum einen die Kriterien eines dauerhaften Kontrollwechsels (Art 3 Abs 1 lit b FKVO); zum anderen führe dieser Vorgang auch zur Gründung eines GU (Art 3 Abs 4 FKVO), bei dem das Kriterium der Vollfunktionsfähigkeit relevant sei (Rz 19). Da sohin die Wortlautinterpretation zu keinem eindeutigen Ergebnis führe, sei bei der Auslegung auf die Zielsetzung und Systematik der FKVO und deren Art 3 abzustellen (Rz 20).

Basierend auf den ErwGr 5, 6 und 8 liege die Zielsetzung der FKVO in der Gewährleistung wirksamer Kontrolle über Zusammenschlüsse, die bedeutsame Auswirkungen auf die Marktstruktur über die Grenzen eines MS hinaus haben (Rz 21). Daher sollten nach ErwGr 20 GU der FKVO unterliegen, wenn sie auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen (dh vollfunktionsfähig sind) (Rz 22). Hierbei unterscheide die FKVO nicht zwischen Neugründungen und bereits bestehenden Unternehmen (Rz 23). Dies sei, so der EuGH, auch gerechtfertigt, da der Eintritt von prä-

6) COMP/M.3097 – *Maersk Data / Eurogate IT / Global Transportation Solutions*, Rz 5, 6; COMP/JV.45 – *Bertelsmann / Kooperativa Förbundet (KF) / BOL Nordic*, Rz 13; COMP/M.3798 – *NYK / Lauritzen Cool / LauCool JV*, Rz 10, 11.

7) *Rudolf/Leupold, Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation*, Journal of European Competition Law & Practice (2012) 442.

8) Für nähere Details zu den einzelnen Standpunkten s (i) OGH 31. 3. 2016, 16 Ok 1/16g; (ii) SA GA *Kokott* 27. 4. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellanwalt*, sowie (iii) EuGH 7. 9. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellanwalt*.

9) Konsolidierte Mitteilung der Europäischen Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem VO (EG) 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl C 2009/43, 10.

10) Vgl etwa *Hirsbrunner/Rating in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² (2014) Art 3 FKVO Rz 15; *Käseberg in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹² Art 3 FKVO Rz 96; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control (2010) Rz 71 ff; *Schütz*, Kölner Kommentar zum Kartellrecht IV Art 3 FKVO Rz 60; *Lindemann in Loewenheim/Messen/Riesenkampff*, Kartellrecht² VO (EG) 139/2004 Art 3 Definition des Zusammenschlusses, Rz 41; *Brevern*, Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nach Art 3 Abs 4 der Fusionskontrollverordnung, WuW 2012, 227 ff; *Radicati di Brozolo/Gustafsson*, Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The Need for Clarification, European Competition Law Review 2003 574 ff.

11) EuGH 7. 9. 2017, C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellanwalt*, Rz 36.

funktionsrelevanten Auswirkungen auf die Marktstruktur vom tatsächlichen Auftreten eines GU am Markt, dh eines vollfunktionsfähigen GU, abhängen (Rz 24).

Eine andere Auffassung würde, so der EuGH, zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von bereits bestehenden Unternehmen gegenüber originären Neugründungen führen (Rz 27). Sogar umfasse der Begriff der Gründung eines GU nach Art 3 Abs 4 FKVO alle Vorgänge, die dazu führen, dass ein von zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt auftritt. Hierbei sei es unerheblich, ob es das nun gemeinsam kontrollierte Unternehmen vor diesem Vorgang bereits gab (Rz 28).

Eine Einbeziehung von Teilfunktions-GU in den Anwendungsbereich von Art 3 FKVO stünde laut EuGH zudem in Widerspruch zu Art 21 Abs 1 FKVO. Diese Bestimmung befasst sich aus verfahrensrechtlicher Sicht mit dem Verhältnis der FKVO zur Aufsicht über wettbewerbsbeschränkende Absprachen. Würde man die Errichtung von Teilfunktions-GU in den Anwendungsbereich der FKVO einbeziehen, hätte dies, so der EuGH, zur Folge, dass die präventive Kontrolle der FKVO auf Vorgänge erstreckt würde, die keine Auswirkungen auf die Struktur des betreffenden Marktes haben. Damit würde der Anwendungsbereich der VO (EG) 1/2003¹²⁾ zweckwidrig reduziert (Rz 34).

C. Auswirkungen des Urteils und Ausblick

1. Exakte Zuständigkeitsverteilung und Anpassungsbedarf der Konsolidierten Mitteilung

Die FKVO beruht auf dem wichtigen Grundsatz einer exakten Verteilung der Zuständigkeiten zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission.¹³⁾ Der EuGH hat diesen Grundsatz nun nochmals verdeutlicht. Transaktionen, die zu einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle führen, sind zukünftig stets auf Vollfunktionsfähigkeit zu prüfen. Mangels einer solchen ist die FKVO nicht anwendbar und die Kommission folglich nicht zuständig.

Als Konsequenz des EuGH-Urteils sollte es uE jedenfalls zu Klarstellungen in der Konsolidierten Mitteilung kommen. Die unterschiedlichen Interpretationen insb der Rz 86, 91 und 92 der Konsolidierten Mitteilung, die im Laufe des Verfahrens zu Tage getreten sind, waren zwar für den EuGH nicht entscheidungsrelevant und sind nunmehr durch das Urteil geklärt. Eine entsprechende Anpassung scheint zu Zwecken der besseren Les- und Anwendbarkeit der Konsolidierten Mitteilung dennoch angebracht.¹⁴⁾

2. Auswirkung auf die österr Fusionskontrolle?

Wird (oder sollte) das EuGH-Urteil Auswirkungen auf die Auslegung der Zusammenschlusstatbestände des § 7 KartG haben?

Die Beantwortung dieser Frage bleibt naturgemäß dem KG bzw KOG vorbehalten.¹⁵⁾ UE sind dabei insb folgende Themenfelder beachtlich:

Zunächst ist festzuhalten, dass keine Verpflichtung besteht, das nationale Recht gleichlautend zur FKVO auszulegen.¹⁶⁾ Dennoch ist nach der Rsp im Hinblick auf die nahezu wortgleiche Nachbildung des Art 3 Abs 4 FKVO durch § 7 Abs 2 KartG anerkannt, dass die umfangreichen Erfahrungen zu Art 3 Abs 4 FKVO zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herangezogen werden können.¹⁷⁾ Dies gilt insb für die Auslegung der Elemente der gemeinsamen Kontrolle sowie der Vollfunktionsfähigkeit.¹⁸⁾

Laut Judikatur des KOG zu § 7 Abs 2 KartG umfasst dieser nur originäre Neugründungen.¹⁹⁾ IZm den österr Zusammenschlusstatbeständen ist daher zunächst fraglich, ob der – nach der bisherigen Rsp „enge“ – Gründungsbegriff des § 7 Abs 2 KartG iS des nunmehrigen EuGH-Urteils „ausgeweitet“ werden sollte. In diesem Fall wäre weiter zu prüfen, ob künftig GU stets nach § 7 Abs 2 KartG (der Vollfunktionsfähigkeit voraussetzt) zu beurteilen sein sollen und, vereinfacht gesagt, § 7 Abs 1 Z 1 sowie Z 5 KartG (ähnlich zur erwähnten Einschränkung von Art 3 Abs 1 lit b FKVO) auf GU nicht anwendbar sein sollten.

Selbst wenn man einen solchen „Gleichklang“ von § 7 Abs 2 KartG mit Art 3 Abs 4 FKVO bejahen wollte, ist dennoch nach hier vertretener Auffassung zweifelhaft, dass ein völliger „Gleichklang“ zwischen § 7 KartG und Art 3 FKVO betreffend GU ohne gesetzliche Änderung auf Basis des nunmehrigen EuGH-Urteils herbeigeführt werden kann. Dies liegt am systematischen Unterschied zwischen den europäischen und österr Zusammenschlusstatbeständen: § 7 Abs 1 KartG kennt, im Gegensatz zu Art 3 FKVO, neben dem Kontrollerwerb weitere Zusammenschlusstatbestände; darunter den Anteilerwerb an einem Unternehmen, „wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erreicht oder überschritten wird“ (§ 7 Abs 1 Z 3 KartG). Dieser Zusammenschlusstatbestand erfordert keine Beherrschungsmöglichkeit und ist – anders als die Tatbestände der FKVO – vom Kontrollbegriff „losgelöst“.²⁰⁾ Die Z 3 wird als *abstrakter Gefährdungstatbestand* für das Vorliegen eines bestimmenden Einflusses und für strukturelle

12) VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1.

13) EuGH 22. 6. 2004, C-42/01, *Portugal/Kommission*, Rz 50 mwN.

14) Vgl *Hoffer*, Gemeinschaftsunternehmen in Österreich – Vorlageentscheidung des KOG zur „Teilfunktion“, NZKart 2016, 365.

15) Zum Zeitpunkt des Verfassens des Artikels war das Anlaskreursverfahren noch nicht entschieden.

16) *Bardong/Käseberg/Maass in Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht (2014)¹²⁾ Einl FKVO Rz 68; vgl auch OGH 27. 1. 2014, 16 Ok 11/13.

17) OGH 15. 12. 1998, 16 Ok 15/98.

18) *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² § 7 Rz 86.

19) OGH 27. 1. 2014, 16 Ok 11/13 mwN.

20) Folglich erfüllte der Erwerb gemeinsamer Kontrolle an einem bereits operativ tätigen Unternehmen nach KartG bisher nicht den Tatbestand der Gründung eines GU, sondern jenen des Anteils- oder Kontrollerwerbs gem § 7 Abs 1 Z 3 bzw 5 KartG (OGH 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08).

Wirkungen auf die Marktverhältnisse verstanden²¹⁾ und ist sohin unabhängig von Kontrolle und Vollfunktionseigenschaft.

Dieser Systemunterschied lässt es schwierig erscheinen, die Überlegungen des EuGH zu Art 3 Abs 1 FKVO „mechanisch“ auf § 7 Abs 1 Z 3 umzulegen, würde dies dem Tatbestand doch den eigenständigen Anwendungsbereich entziehen. Vielmehr spricht nach der hier vertretenen Auffassung einiges dafür, Teilfunktions-GU, die jedoch die „Unternehmenseigenschaft“ des KartG erfüllen, weiterhin dem § 7 Abs 1 Z 3 KartG zu unterwerfen und von einem Zusammenschluss auszugehen, wenn eine Beteiligungsschwelle von 25% (bzw 50%) überschritten

wird. Dabei genügt es, wenn die Anteile (bzw Stimmrechte) an einem „Unternehmen“ iSd § 7 KartG erworben werden. UE ist dafür (auch nach dem EuGH-Urteil) laut stRsp des KOG auf den weiten „*funktionalen Unternehmensbegriff*“ abzustellen.²²⁾ Schließlich wird auch in Fällen des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle bei weniger als 25% die Entscheidungspraxis des KG zur Vermeidung von Umgehungskonstruktionen durch atypische Gesellschafterrechte zu berücksichtigen sein.²³⁾

21) OGH 17. 12. 2001, 16 Ok 9/01.

22) OGH 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08.

23) *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² § 7 Rz 48 mwN.

SCHLUSSTRICH

- *Der EuGH stellte klar, dass der Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen nur dann in den Anwendungsbereich der FKVO fällt, wenn das GU vollfunktionsfähig ist.*
- *Der EuGH präzisierte mit diesem Urteil zudem die zentralen Grundsätze der Abgrenzung zwischen der FKVO und der VO (EG) 1/2003 so-*

wie der exakten Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden.

- *Ob und inwieweit sich das EuGH-Urteil auch auf die österr Zusammenschlusstatbestände nach § 7 KartG auswirkt, bleibt nicht zuletzt aufgrund der spezifischen nationalen Rechtslage abzuwarten.*