

■ RdW 2006/577, 619

Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“?

Wer einen in Österreich anmeldebedürftigen Zusammenschluss ohne Genehmigung der zuständigen Behörden durchführt und damit gegen das zusammenschlussrechtliche Durchführungsverbot verstößt, riskiert die Verhängung von erheblichen Geldbußen durch das Kartellgericht (bis zu 10 % des im voraus gegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des jeweiligen Unternehmens). Der Frage, was unter der „Durchführung“ eines Zusammenschlusses zu verstehen ist, kommt daher, insbesondere in Geldbußverfahren wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot, wesentliche Bedeutung zu. Betrachtet man Literatur und Rechtsprechung zu diesem Thema, fällt jedoch auf, dass der exakte Inhalt des im Kartellgesetz¹⁾ (im Folgenden „KartG“) nicht näher definierten Begriffs der Durchführung nicht vollends geklärt scheint.

Im Folgenden wird der status quo in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung dargestellt. Nach einem Blick auf die vergleichbare Bestimmung im europäischen Zusammenschlussregime werden die Schlussfolgerungen gezogen.

RA Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M.
Wien

1. Zusammenschlussrechtlicher Hintergrund

So wie das europäische Zusammenschlussregime (Europäische Fusionskontrollverordnung, im Folgenden „FKVO“¹⁾) und die Mehrzahl der nationalen Zusammenschlussrechtsordnungen gilt auch im österreichischen Zusammenschlussrecht das Prinzip der „präventiven Kontrolle“. Zusammenschlüsse, welche nach KartG anmeldebedürftig sind, sind bei der Bundeswettbewerbsbehörde (im Folgenden „BWB“) anzumelden und dürfen gem § 17 KartG erst durchgeführt werden, nachdem der Zusammenschluss im Sinne des KartG genehmigt wurde.

In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass das KartG keine „Genehmigung“ im engen Sinn kennt. Vielmehr legt § 17 Abs 1 KartG fest, dass das Durchführungsverbot dann wegfällt, wenn (i) die Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) innerhalb der Phase-I des Zusammenschlussverfahrens auf die Stellung eines Prüfungsantrages verzichten oder innerhalb der Antragsfrist keinen Prüfungsantrag gestellt haben, (ii) das Kartellgericht nach Stellung eines Prüfungsantrags einer Amtspartei per Beschluss im Zuge des Phase-II Prüfungsverfahrens ausspricht, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird (und dieser Beschluss rechtskräftig geworden ist), (iii) das Kartellgericht nach Stellung von Prüfungsanträgen der Amtsparteien sämtliche Prüfungsanträge per Beschluss zurückweist (und dieser Beschluss rechtskräftig geworden ist) oder (iv) das Kartellgericht das aufgrund von Prüfungsanträgen der Amtsparteien eingeleitete Prüfungsverfahren per Beschluss einstellt²⁾.

Das KartG sanktioniert Verstöße gegen das Durchführungsverbot einerseits mit zivilrechtlicher Nichtigkeit (§ 17 Abs 3

KartG³⁾, andererseits mit Geldbußen, welche vom Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht auf Antrag der Amtsparteien verhängt werden können und bis zu 10 % des im voraus gegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (weltweit) betragen können (§ 29 Z 1 a KartG). Dass die Amtsparteien und das Kartellgericht gewillt sind, Verstöße gegen das Durchführungsverbot zu verfolgen und zu sanktionieren, zeigte sich zuletzt im Zuge der Übernahme der Tencel-Gruppe durch die Lenzing AG. Im diesbezüglichen Beschluss über die Feststellung der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses⁴⁾ verhängte das Kartellgericht in erster Instanz eine Geldbuße in Höhe von 1,5 Mio € wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot.

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob Zusammenschlüsse in Österreich anmeldebedürftig sind; dies insbesondere in Fällen, bei denen Käufer und/oder Zielunternehmen nicht in Österreich ansässig sind (auf die Diskussionen zur sog. „effects doctrine“⁵⁾ und die im Februar 2006 dazu ergangene Entscheidung des OGH als Kartellobergericht⁶⁾ wird verwiesen). Relativ einfach wäre wohl ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu bejahen, sofern ein (auch) in Österreich anmeldebedürftiger Zusammenschluss im Ausland tatsächlich vollzogen wird (es werden etwa im Rahmen eines „Closings“ Aktien übertragen), keine Anmeldung in Österreich erfolgt und die Integration einer österreichischen Tochtergesellschaft durch konkrete Maßnahmen (etwa Austausch des Managements, Vereinheitlichung der Geschäftsstrategie, insbesondere gegenüber Kunden und Lieferanten, organisatorische Zusammenlegung von Betriebsteilen,

1) VO (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI L 24/1 vom 29. 1. 2004.

2) Etwa aufgrund der Zurückziehung der Prüfungsanträge durch die Amtsparteien nach Abgabe von Verpflichtungszusagen durch die anmeldende Partei gegenüber den Amtsparteien (§ 17 Abs 2 Satz 2 KartG) oder aufgrund des Ablaufs von Phase-II (seit 1. 1. 2006 fünf Monate nach Einlangen des Prüfungsantrags bzw des ersten von zwei Prüfungsanträgen) ohne Entscheidung durch das Kartellgericht (§ 14 Abs 1 KartG).

3) Wobei die Unwirksamkeit wohl als schwebende Unwirksamkeit einzuordnen ist, die durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt würde (so auch *Barfuß/Wollmann/Tahedi*, Österreichisches Kartellrecht, 130; *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) § 13 Rz 64; *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) 118).

4) OLG Wien als Kartellgericht vom 7. 6. 2005, 27 Kt 245/04.

5) Gem § 24 Abs 2 KartG ist das KartG nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt (etwa ein Zusammenschluss) auf den inländischen Markt auswirkt.

6) OGH vom 27. 2. 2006, 16 Ok 49/05 – „Erste Bank/Ceska, Slovenska Sporitelna“.

etc) bereits durchgeführt wurde. Anders wäre der Fall unter Umständen gelagert, wenn Closing im Ausland zwar stattfindet, mit Integrationsmaßnahmen in Österreich jedoch noch nicht begonnen wurde und die beteiligten Unternehmen kurz nach Closing feststellen, dass Anmeldebedürftigkeit gemäß KartG gegeben ist. Liegt in diesem Fall bereits ein bußgeldrelevanter Verstoß gegen das Durchführungsverbot vor? Mit anderen Worten: wurde der Zusammenschluss in diesem Fall bereits im Sinne des § 17 KartG durchgeführt und durch den Vollzug des Closings der bußgeldrelevante Sachverhalt bereits verwirklicht oder kann das Versäumnis noch „saniert“ werden? Vielfältige Fallkonstellationen sind natürlich auch für direkt in Österreich stattfindende Zusammenschlüsse vorstellbar (etwa Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils entsprechend einer Beteiligung am Stammkapital der Zielgesellschaft von zumindest 25 % durch Abschluss eines unbedingten Anteilsabtretungsvertrags oder Erwerb eines Aktienpakets in Höhe von zumindest 25 %).

Dass § 30 KartG, welcher die für die Bemessung von Geldbußen relevanten Faktoren nennt, auch die Dauer der Rechtsverletzung erwähnt, mag in manchen Fällen die Problematik von „zu spät“ angemeldeten Zusammenschlüssen (zumindest teilweise) entschärfen. Nichtsdestotrotz ist die Frage, ob der Tatbestand des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot erfüllt ist, von wesentlicher Bedeutung, weil Unternehmen bei der Frage der Höhe einer Geldbuße immer einem gewissen Ermessensspielraum des Kartellgerichts ausgesetzt sind⁷⁾.

2. Österreichische Literatur

Als Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, was unter der Durchführung eines Zusammenschlusses zu verstehen ist, kann die Gegenüberstellung dieses Begriffs mit dem (ehemals im KartG definierten) Begriff des „Zustandekommens“ eines Zusammenschlusses dienen.

Der Begriff des Zustandekommens wurde mit der Einführung des österreichischen Zusammenschlussregimes in Österreich durch die KartGNov 1993 in das KartG aufgenommen und diente bis zur Abschaffung der Anzeigepflicht von Zusammenschlüssen im Rahmen der KartGNov 1999 als Bezugspunkt für die Befristung einer bestehenden Anzeigepflicht⁸⁾. Im Gegensatz zum Begriff der Durchführung war der Begriff des Zustandekommens von Beginn an gesetzlich definiert. Nach dem ehemals bestehenden § 42 Abs 1 a) KartG 1988 (im Folgenden „KartG *alt*“) galt ein Zusammenschluss als zustande gekommen, „wenn die wirtschaftliche Einflussmöglichkeit gegeben“ war.

Als einer der ersten Kommentatoren nahm Köck im Zuge der Einführung des österreichischen Zusammenschlussregimes 1993 zur Frage, ob die Begriffe des Zustandekommens und der Durchführung eines Zusammenschlusses dasselbe meinten, Stellung⁹⁾. Köck ging im Jahr 1993 davon aus, dass mit diesen beiden Begriffen im wesentlichen das Gleiche gemeint sei und daher unter der Durchführung eines Zusammenschlusses das

Herstellen der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit zu verstehen sei¹⁰⁾. Eine Begründung lieferte Köck dafür jedoch nicht.

Wessely bezeichnete 1995 die Auslegung von Köck als „vertretbar und konsequent“¹¹⁾. Allerdings gibt Wessely auch zu bedenken, dass denkbar sei, dass der Begriff der Durchführung im Hinblick auf die Tatsache, dass das Gesetz eine rein präventive Anmeldung vorsehe und an die Nicht-Anmeldung Strafsanktionen knüpfe, restriktiver ausgelegt werden müsse als der Begriff des Zustandekommens¹²⁾. In Bezug auf den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen führt Wessely beispielhaft an, dass vertretbar sein könne, dass mangels (Zustandekommens und) Durchführung die Strafbarkeit nach § 130 KartG *alt* zu verneinen sei, wenn der Abtretungsvertrag (allenfalls auch unbedingt) abgeschlossen würde, vor Anmeldung zum Firmenbuch jedoch noch die Anmeldung beim Kartellgericht vorgenommen wird¹³⁾. Dies begründet Wessely dadurch, dass bei einem nicht angemeldeten Zusammenschluss eine wirtschaftliche Einflussmöglichkeit im Sinne eines Zustandekommens per Definition nie erlangt werden könne, da alle diesbezüglichen Verträge gem § 42a Abs 4 KartG *alt* nichtig seien. Zu einer Strafbarkeit wegen verbotener Durchführung würde es laut Wessely allerdings dann kommen, wenn weitere Handlungen gesetzt würden, um einen scheinbar offiziellen Zustand herbeizuführen (etwa Anmeldung eines Anteilerwerbs aufgrund eines GmbH-Anteilsabtretungsvertrags zum Firmenbuch).

Differenzierter – im Ergebnis jedoch ähnlich wie Köck – wurde die Frage der Identität der Begriffe des Zustandekommens und der Durchführung bereits von Koppensteiner betrachtet. Koppensteiner gibt vor dem Hintergrund des seit 1997 in Kraft befindlichen KartG zu bedenken, dass, sofern sich ein Unterschied zwischen den beiden Begriffen nicht ausmachen ließe, nur noch gefolgert werden könne, dass in § 42a Abs 4 KartG *alt* etwas verboten sei, dessen Verwirklichung Voraussetzung der Anzeige/Anmeldung sei¹⁴⁾. Dies sei freilich nur dann zwingend, so Koppensteiner weiter, wenn die Anzeigepflicht nach § 42 KartG *alt* und die Anmeldefähigkeit nach § 42a Abs 1 KartG *alt* im selben Zeitpunkt einsetzen, nämlich nach Realisierung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit. Diesen Schluss würde das KartG zwar nahe legen, er sei jedoch, so Koppensteiner, nicht zwingend. Schließlich kommt Koppensteiner jedoch zum Schluss, dass der Weg, unter dem Begriff der Durchführung erst das tatsächliche Ausnutzen der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit zu verstehen, nicht gangbar sei.

Hält man sich einen Hauptzweck der präventiven Zusammenschlusskontrolle vor Augen, welcher darin besteht, zu verhindern, dass bereits vollzogene Zusammenschlüsse in manchen Fällen nur schwer wieder entflochten werden können, liegt diese Schlussfolgerung aufgrund von Praktikabilitätsüberlegungen zwar nahe. Aufgrund der unter Punkt 5. behandelten Argumente ist diese Auslegung jedoch nicht zwingend.

Auch Reidlinger/Hartung schlagen in ihrer kürzlich erschienen Publikation zum Kartellgesetz 2005 in die gleiche Kerbe und nennen die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Markttätigkeit des erworbenen Unternehmens als maßgebliches Kriterium

7) OGH vom 20. 12. 2004, 16 Ok 12/04.

8) Gem § 42 KartG 1988 (im Folgenden „KartG *alt*“) mussten anzeigepflichtige Zusammenschlüsse (die beteiligten Unternehmen erwirtschafteten einen gemeinsamen Umsatz im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss von zumindest 150 Mio S erfüllten jedoch nicht die Umsatzschwellen für die Anmeldepflicht) innerhalb eines Monats nach Zustandekommen des Zusammenschlusses beim Kartellgericht angezeigt werden.

9) Köck, Kartellgesetznovelle 1993: die neue Zusammenschlusskontrolle, *ecolex* 1993, 607.

10) Ebd 609.

11) Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) 124.

12) Ebd 124.

13) Ebd 124.

14) Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) § 13 Rz 44.

für die Durchführung eines Zusammenschlusses¹⁵⁾. Nach *Reidlinger/Hartung* sei daher unter dem Begriff der Durchführung in der Regel die sachenrechtliche Übertragung der Anteile bzw der Vermögensgegenstände des Unternehmens zu verstehen. Ein freiwilliger Verzicht des Erwerbers auf Einflussnahme im erworbenen Unternehmen, würde daher zumeist nicht genügen, um einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu vermeiden¹⁶⁾.

Reidlinger/Hartung nehmen in diesem Zusammenhang Bezug auf die Entscheidung 25 Kt 257, 367/99 des Kartellgerichts (siehe dazu im Detail unter Punkt 3.), in welcher das Kartellgericht ausgesprochen hat, dass die Durchführung eines Zusammenschlusses dann gegeben sei, wenn von dem beherrschenden Einfluss, der den Kern des fraglichen Zusammenschlusses ausmache, erstmals in einer die Wettbewerbsverhältnisse berührenden Weise Gebrauch gemacht wurde. Im konkreten Fall bestand der Zusammenschluss im Abschluss eines Unternehmenspachtvertrags. *Reidlinger/Hartung* meinen diesbezüglich, dass dieser Fall insofern anders gelagert sei, als dass es zu keiner vorausgehenden Übereignung von Anteilen oder Vermögensgegenständen gekommen war und dies unter Umständen der Grund dafür gewesen sei, wieso das Kartellgericht ausgesprochen habe, dass erst die tatsächliche Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis gegenüber dem gepachteten Unternehmen durch die Geschäftsführer als Durchführung des Zusammenschlusses anzusehen sei¹⁷⁾.

Eine derartige Unterscheidung scheint unbegründet. Es trifft zwar zu, dass im Vergleich zum Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen oder anderen Vermögensgegenständen im Fall eines Zusammenschlusses durch Abschluss eines Pachtvertrags keine Vermögensanteile oder Vermögensgegenstände übertragen werden, dies ändert jedoch nichts daran, dass sowohl ab Abschluss eines (unbedingten) Pachtvertrages als auch ab Abschluss eines (unbedingten) Geschäftsanteilsabtretungsvertrags die Möglichkeit besteht, auf das Zielunternehmen Einfluss zu nehmen. Wieso in einem Fall (Übertragung der Anteile bzw Vermögensgegenstände) diese Einflussmöglichkeit bereits für die Durchführung eines Zusammenschlusses ausreichend sein soll, im anderen Fall (Pachtvertrag) eine Durchführung erst dann gegeben sein soll, wenn – so wie das Kartellgericht ausgesprochen hat – von der Einflussmöglichkeit konkret Gebrauch gemacht wird, ist nicht nachvollziehbar. In beiden Fällen kommt es erst aufgrund der konkreten Einflussnahme des Erwerbers zu Auswirkungen auf das Wettbewerbsumfeld.

Den „Gegenpol“ in dieser kurzen Literaturreisenschau bilden *Barfuß/Wollmann/Tahedl*¹⁸⁾. Diese Autoren argumentieren, dass der Durchführungs begriff enger als der Begriff des Zustandekommens auszulegen sei. Ausgehend vom Zweck der Regelung sollte, so die Autoren, darauf abgestellt werden, wann von dem beherrschenden Einfluss, der den Kern des fraglichen Zusammenschlusses ausmache, erstmals in einer die Wettbewerbsverhältnisse berührenden Weise Gebrauch gemacht wurde¹⁹⁾. Wie bereits die genannte Formulierung nahe legt, wurden *Barfuß/Wollmann/Tahedl* vom Kartellgericht in dessen Entscheidung zu 25 Kt 257, 367/99 zitiert.

Als weitere Begründung ihrer Überlegung führen *Barfuß/Wollmann/Tahedl* an, dass der Gesetzgeber die selben Überlegungen in § 42e Abs 2 Z 1 KartG alt angestellt habe²⁰⁾. Auch sei es nicht sinnvoll, einen Zusammenschluss mit strafrechtlichen Sanktionen zu verfolgen, wenn dieser zwar möglicherweise bereits zivilrechtlich wirksam geworden sei, aber noch keinerlei Marktauswirkungen habe²¹⁾. Es komme daher, so die Autoren, darauf an, wann der Zusammenschluss konkret umgesetzt wurde, wie zB durch die Vorgabe einheitlicher Unternehmensrichtlinien, durch interne Abstimmung des Marktverhaltens, etc.

3. Österreichische Rechtsprechung

Einschläge Entscheidungen des OGH als Kartellobergericht liegen offenbar nicht vor. Das Kartellgericht hat hingegen insbesondere in den beiden folgenden Entscheidungen zum Durchführungs begriff Stellung genommen:

In seiner Entscheidung 25 Kt 257, 367/99 hat das Kartellgericht unter Bezugnahme auf *Barfuß/Wollmann/Tahedl* ausgesprochen, dass die Durchführung eines Zusammenschlusses erst dann gegeben sei, wenn von dem beherrschenden Einfluss, der den Kern des fraglichen Zusammenschlusses ausmacht, erstmals in einer die Wettbewerbsverhältnisse berührenden Weise Gebrauch gemacht wurde. Das Kartellgericht überprüfte in diesem Fall, ob durch den Abschluss eines Unternehmenspachtvertrags (und der tatsächlichen Ausübung der daraus abgeleiteten Geschäftsführungsbefugnis) gegen das Durchführungsverbot verstoßen worden war. Das Kartellgericht sprach diesbezüglich aus, dass mit der im Anschluss an den Abschluss des Pachtvertrages erfolgten Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis gegenüber dem gepachteten Unternehmen die Durchführung des Zusammenschlusses erfolgt sei. Der Abschluss des Pachtvertrags allein, hatte für die Durchführung nicht ausgereicht.

Dass sich Rechtsanwender nicht vollends auf die Auslegung dieser Entscheidung verlassen können, zeigt der Beschluss des Kartellgerichts vom 7. 6. 2005 in der Rechtssache Tencel/Lenzing. Das Kartellgericht nahm in dieser Entscheidung zwar auf die verschiedenen in der Literatur vertretenen Meinungen und auf den Beschluss des Kartellgerichts zu 25 Kt 257, 367/99 Bezug, ließ die Frage schlussendlich jedoch offen. Die exakte Definition des Begriffsinhalts der Durchführung eines Zusammenschlusses konnte in der Rechtssache Tencel/Lenzing deshalb dahingestellt bleiben, da die Durchführung des Zusammenschlusses laut Kartellgericht bereits derart fortgeschritten gewesen war, dass auch bei engster Auslegung des Durchführungs begriffs von der Durchführung des Zusammenschlusses auszugehen war.

Nach dem durch das Kartellgericht festgestellten Sachverhalt hatte die Lenzing AG mit Aktienkaufvertrag vom 4. 5. 2004 die Tencel-Gruppe mit Wirkung zum 4. 5. 2004 zur Gänze übernommen und unmittelbar anschließend mit der Integration der übernommenen Einheit begonnen, ohne den in Österreich anmeldebedürftigen Zusammenschluss anzumelden. Mit der Übernahme der Tencel-Gruppe wurde etwa Lenzing's strategische Planung auch auf die Tencel-Gruppe ausgeweitet, wurden die Kosten der Übernahme bereits entsprechend bilanziert und

15) *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht (2006) 197.

16) Ebd 197.

17) Ebd 197.

18) *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht (1996) 129.

19) Ebd 129.

20) § 42e Abs 2 Z 1 KartG alt (nunmehr § 19 Abs 2 Z 1 KartG) sah grundsätzlich vor, dass der Erwerber im Rahmen von Zusammenschlüssen, die in diese Ausnahmebestimmung fallen, und gleichzeitig die Umsatzschwellen erfüllen, die mit den übernommenen Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausüben durfte, um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen.

21) Ebd 129.

in Presseaussendungen zu Quartals- bzw. Halbjahresbilanzen 2004 darauf hingewiesen, dass der konsolidierte Konzernumsatz der Lenzing Gruppe im ersten Halbjahr 2004 gegenüber dem Vergleichszeitraum des Vorjahres gesteigert werden konnte, wofür insbesondere die Übernahme der Tencel-Gruppe maßgeblich gewesen sei. Weiters warb Lenzing kurz nach Vollzug des Zusammenschlusses auf Messen mit dem Slogan „Better together“ damit, dass Lenzing und Tencel nun gemeinsam am Markt auftreten würden. Weiters kam es zur Vereinheitlichung von Produktionsabläufen (das jeweils bessere System wurde in allen Werken von Tencel und Lenzing eingeführt). Schließlich wurden bereits im August 2004 Frühpensionierungsprogramme für Tencel-Mitarbeiter gestartet und bis Ende 2004 eine bestimmte Anzahl von Tencel-Mitarbeitern abgebaut, Verkaufsbüros und bestimmte Pilotanlagen von Tencel geschlossen und Forschungseinheiten zu Lenzing verlagert. Noch im Mai 2004 stellte die BWB den Antrag auf Feststellung der verbotenen Durchführung des Zusammenschlusses sowie einen Bußgeldantrag²²⁾.

4. Europäische Fusionskontrollverordnung

Trotz des Umstandes, dass das Kartellgericht in der Vergangenheit ausgesprochen hat, dass das österreichische vom europäischen Zusammenschlussrecht klar abgegrenzt ist²³⁾, nehmen Behörden und Gerichte immer häufiger in Auslegungsfragen Bezug auf europäische Parallelregelungen und deren Auslegungen durch die Europäische Kommission bzw. die europäischen Gerichtshöfe.

Im Rahmen der FKVO wird statt des Begriffes der „Durchführung“ der Begriff des „Vollzugs“ eines Zusammenschlusses verwendet (vgl. Artikel 7 FKVO). Wie das KartG enthält auch die FKVO keine Legaldefinition für diesen Begriff (englisch: „implemented“; französisch: „être réalisé“).

Ähnlich zur Situation in Österreich, finden sich auch hinsichtlich des Vollzugsbegriffes der FKVO verschiedene Literaturmeinungen. So geht etwa Zeise unter Bezugnahme auf den Zweck der präventiven Kontrolle (Verhinderung der Schaffung vollendeter Tatsachen, die nach einer Untersagungsentscheidung schwer rückgängig zu machen wären) davon aus, dass als Vollzugshandlung Rechtsgeschäfte und Handlungen anzusehen seien, die den konkreten Zusammenschluss verwirklichen bzw. vollenden. Vollzugshandlungen im Sinne des Art 7 Abs 1 FKVO seien daher jedenfalls beim Beteiligungserwerb der Erwerb der Kontrolle über das Zielunternehmen. Bereits die Möglichkeit der Ausübung der Stimmrechte würde, so Zeise, die Kontrolle über das Zielunternehmen ermöglichen²⁴⁾.

Auch Stoffregen nimmt Bezug auf das Prinzip der präventiven Kontrolle. Allerdings sei, so Stoffregen, durch das Vollzugsverbot nur die Ausübung der sich aus dem jeweiligen Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten (wie etwa die Ausübung von Weisungen oder die Vornahme von Registereintragungen) aufge-

schohen²⁵⁾. Das Vollzugsverbot würde sich insbesondere auf alle wettbewerblich relevanten tatsächlichen Handlungen beziehen, wie etwa die Offenlegung von Kundenkarteien oder Know-how Verträgen, die Schließung von Produktionsanlagen oder die antizipierte Anpassung von Produktionsprogrammen²⁶⁾.

Noch deutlicher für eine einschränkende Auslegung des Begriffes des Vollzugs *Ablasser-Neuhuber* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*²⁷⁾. *Ablasser-Neuhuber* stellt zunächst zutreffend fest, dass als Negativdefinition des „Vollzugsbegriffes“ zunächst die in Art 4 FKVO genannten Handlungen (Vertragsabschluss, Veröffentlichung eines Übernahmeangebots, Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung) herangezogen werden können. Diese würden zwar die Anmeldepflicht auslösen, in der Regel jedoch keine nach Art 7 verbotene Durchführungshandlung darstellen. In diesem Sinne könne auch zwischen der gesellschaftsrechtlichen Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und dessen operativen tätig werden unterschieden werden²⁸⁾. Nach *Ablasser-Neuhuber* sollten sämtliche Durchführungshandlungen im Sinne einer teleologischen Auslegung unter das Vollzugsverbot fallen, die in irgendeiner Weise die Marktstruktur oder das strategische Wirtschaftsverhalten der neuen Einheit betreffen.

Auch *Immenga* unterscheidet hinsichtlich des Vollzugs zwischen dem Zusammenschluss selbst und seiner Durchführung²⁹⁾. Als Vollzug seien daher alle rechtlichen oder tatsächlichen Handlungen anzusehen, die zur Verwirklichung eines Zusammenschlusses führten. Dies würde sich insbesondere aus Art 7 Abs 3 FKVO und dem Stimmverbot des Art 7 Abs 2 FKVO ergeben. Zum Vollzug gehörten, so *Immenga*, die Wahrnehmung gesellschaftsrechtlicher Kontrollrechte, organisatorische Maßnahmen zur Abstimmung der Geschäftspolitik oder personelle Veränderungen im Hinblick auf die entstehende wirtschaftliche Verbindung³⁰⁾.

Eindeutige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission bzw. Rechtsprechung der europäischen Gerichte sind Mangellware. Im Zusammenhang mit den verbundenen Verfahren *„Bertelsmann/Kirch/Premiere“*³¹⁾ und *„Deutsche Telekom/Beta Research“*³²⁾ hatte die Europäische Kommission etwa die gemeinsame Vermarktung eines für die Entschlüsselung digitalen Fernsehens notwendigen Decoders (sog. „d-box“) von Zusammenschlussparteien vor Anmeldung als Vollzugshandlung angesehen. Die Europäische Kommission hatte die Vermarktung des gemeinsamen Decoders (statt bisher zwei verschiedenen) als Kernstück des Zusammenschlussvorhabens angesehen und vertrat die Meinung, dass die bereits vor der Anmeldung durchgeführte gemeinsame Vermarktung dazu geführt hätte, dass sich die einheitliche Technologie auch im Fall einer Untersagung des Zusammenschlusses im Markt durchgesetzt hätte und die zweite Technologie jedenfalls verschwunden wäre³³⁾.

Wie die eben gemachten Ausführungen zeigen, liefert ein Rückgriff auf den Vollzugsbegriff des Art 7 FKVO und dessen

22) In der Folge wurde der Zusammenschluss am 21. 5. 2004 vorsorglich angemeldet. Nachdem der Zusammenschluss am 20. 10. 2004 vom Kartellgericht untersagt worden war (und dies auch vom Kartellobergericht bestätigt worden war) meldete Lenzing im März 2005 den Zusammenschluss in modifizierter Form (insbesondere unter Verpflichtungszusagen) neuerlich an und wurden in diesem Fall keine Prüfungsanträge der Amtsparteien mehr gestellt. Da die Durchführungsbestätigung am 5. 4. 2005 ausgestellt worden war, wurde im Beschluss Tencel/Lenzing die verbotene Durchführung für die Dauer 4. 5. 2004 bis 5. 4. 2005 festgestellt.

23) Vgl. etwa OGH vom 9. 12. 1996, 16 Ok 6/96.

24) Zeise in *Schulte* (Hrsg), Handbuch der Fusionskontrolle (2005) Rz 1733.

25) *Stoffregen* in *Schröter/Jakobi/Mederer* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht (2003) Fusionskontrollverordnung, Art 7 Rz 5.

26) Ebd., Rz 5.

27) *Ablasser-Neuhuber* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht (2005) Art 7 FKVO, Rz 1ff.

28) Ebd., Rz 2 mit Verweis auf die Entscheidung der Kommission vom 15. 1. 1998 „*Georg Fischer/DISA*“, Rs IV/M.1009.

29) *Immenga* in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I (1997) Art 7 FKVO, Rz 3.

30) Ebd., Rz 3.

31) Kommission vom 27. 5. 1998, M.993.

32) Kommission vom 27. 5. 1998, M.1027.

33) Zeise in *Schulte* (Hrsg), Handbuch der Fusionskontrolle (2005) Rz 1737.

Interpretation in Literatur und Rechtsprechung auch keine eindeutige Richtungsvorgabe für den Inhalt des Durchföhrungsbegriffs im KartG.

5. Schlussfolgerungen

Die mehrfach in der österreicherischen Literatur vertretene Meinung, bereits der Erwerb der bloßen Möglichkeit der Einflussnahme auf die Marktstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens stelle die Durchführung eines Zusammenschlusses iSd KartG dar (Gleichsetzung des Begriffs der Durchführung mit jenem des Zustandekommens eines Zusammenschlusses), ist abzulehnen. Vielmehr ist – den Ausführungen des Kartellgerichts in seiner Entscheidung 25 Kt 257, 367/99 und von *Barfuß/Wollmann/Tabedl* folgend – erst dann von der Durchführung eines Zusammenschlusses auszugehen, wenn der Erwerber von der Möglichkeit, Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben, tatsächlich zum ersten Mal Gebrauch macht und sich dies spürbar auf die Marktverhältnisse auswirkt. Dies insbesondere aus folgenden Gründen:

- Der Begriff des Zustandekommens wurde vom Gesetzgeber gesetzlich definiert. Gem § 42 Abs 1 a) KartG alt galt ein Zusammenschluss dann als zustande gekommen, „wenn die wirtschaftliche Einflussmöglichkeit gegeben“ war. Im Zusammenhang mit der Festlegung des Prinzips der präventiven Kontrolle (§ 42a Abs 4 KartG alt; § 17 KartG) führte der Gesetzgeber jedoch einen neuen Begriff, den Begriff der „Durchführung“, ein. Daraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, den einen Paragraph vorher definierten Begriff des Zustandekommens bzw dessen Begriffsinhalt mit dem Begriff der Durchführung gleichzusetzen.
- Eine restriktive Auslegung des Durchführungsbegriffs ist geboten, da die Folgen einer verbotenen Durchführung (Unwirksamkeit von Verträgen, Geldbußen) massiv in die Rechtssphäre der beteiligten Unternehmen eingreifen.
- Das Abstellen auf formelle, leicht fassbare äußere Umstände (wie etwa den Abschluss eines Vertrags) ist vor dem Hintergrund der ausdrücklich im KartG geforderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht schlüssig. Gem § 20 KartG ist für die Beurteilung eines Sachverhalts nach dem KartG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform eines Sachverhalts maßgebend. Dieses, zur Verhinderung von Umgehungsversuchen geschaffene, Prinzip unterstützt im konkreten Fall eine restriktive Auslegung des Durchführungsbegriffs. Wieso sollte bei der Beantwortung der Frage, ob ein Zusammenschluss durchgeführt wurde, auf die äußere Erscheinungsform (etwa den Abschluss eines Vertrags) abgestellt werden? Gem § 17 Abs 3 KartG sind Zusammenschlüsse (genauer gesagt, die zugrunde liegenden Verträge) bis zur Genehmigung iSd KartG unwirksam. Diese „gesetzliche“ aufschiebende Bedingung stellt grundsätzlich jeden unbedingten abgeschlossenen Vertrag

aufschiebend bedingt abgeschlossenen Verträgen gleich und verhindert, dass dem Erwerber eine gesetzlich/vertragsrechtlich begründete Einflussmöglichkeit ab Vertragsabschluss auf das Zielobjekt zukommt. Auch daraus folgt, dass auf die tatsächlichen Handlungen des Erwerbers, welche sich – wie im nächsten Punkt begründet – auch auf die Marktverhältnisse auswirken müssen, abzustellen ist³⁴.

- Schließlich liegt der Zweck des Prinzips der präventiven Kontrolle im Zusammenschlussrecht mE nicht nur darin, zu verhindern, dass bereits vollzogene Zusammenschlüsse in manchen Fällen nur mehr schwer wieder entflochten werden können. Vielmehr steht das Prinzip der präventiven Kontrolle vor allem dafür, zu verhindern, dass durch tatsächliche Handlungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Änderungen der Marktstruktur bewirkt werden (vgl die oben erwähnten Entscheidungen der Kommission „*Bertelsmann/Kirch/Premiere*“ und „*Deutsche Telekom/Beta Research*“), die im Fall einer Untersagung nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Auch diese Überlegung spricht dafür, dass nur dann von einer durch § 17 KartG verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses auszugehen ist, wenn der Erwerber von der Möglichkeit (welche aufgrund der Unwirksamkeitsfolge genau betrachtet gar nicht besteht), Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben, tatsächlich zum ersten Mal Gebrauch macht und sich dies spürbar auf die Marktverhältnisse auswirkt.

Abschließend ist nochmals zu betonen, dass mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu dieser Frage die Aufnahme einer (zusammenschlussrechtlichen) aufschiebenden Bedingung in Zusammenschlussverträge geboten ist, um die Frage des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot gar nicht erst aufkommen zu lassen. Sollte jedoch – aus welchen Gründen immer – Closing vor der Anmeldung/Genehmigung eines Zusammenschlusses stattfinden (vgl etwa die Beispiele unter Punkt 2.), kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass kein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegt, solange der Erwerber von der Möglichkeit der Einflussnahme auf das Zielunternehmen tatsächlich keinen Gebrauch macht (und sich die Marktverhältnisse daher nicht spürbar ändern).

34) Natürlich darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass ein Abstellen auf die tatsächlichen Auswirkungen des Handelns eines Erwerbers (statt eines Abstellens auf äußere Ereignisse, wie etwa auf den Vollzug des Closings) im Einzelfall Raum für Argumente für und gegen den Erwerber schafft. So können sich etwa Marktverhältnisse nach Closing einer Transaktion trotz Verzichts des Erwerbers auf Einflussnahme bis zur zusammenschlussrechtlichen Genehmigung (etwa Verzicht auf die Ausübung der mit den erworbenen Gesellschaftsanteilen verbundenen Stimmrechte) unter Umständen auch deshalb ändern, weil der bisherige Eigentümer der Zielgesellschaft nach Closing (über möglicherweise mehrere Monate) keinen Einfluss mehr auf das Zielobjekt ausübt. Den Nachweis dafür müssten in einem möglichen Geldbußverfahren jedoch die Amtsparteien bzw das Kartellgericht erbringen.



Der Autor:

RA Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M., ist Rechtsanwalt bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wien. Er leitet CHSH's Praxisgruppe Kartellrecht, welche aufgrund der Niederlassungen von CHSH in Wien, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest und Warschau eine umfassende kartellrechtliche Beratung auch in Zentral-, Südost- und Osteuropa anbietet.

Publikationen des Autors:

Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen bei Unternehmenszusammenschlüssen (wbl 04/2006);
The International Comparative Guide to Merger Control 2006, Austrian Chapter (GLG Global Legal Group);
Private Antitrust Litigation, Getting the Deal Through 2006, Austrian Chapter.