

TE OGH 2013/6/27 16Ok3/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat Dr. Vogel als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Schramm und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerinnen 1. S***** AG, *****, 2. S***** Verlagsgesellschaft m.b.H., *****, beide vertreten durch Eckert Fries Prokopp Rechtsanwälte GmbH in Baden, wegen Feststellung (§ 28 Abs 2 KartG), über den Rekurs der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 18. Jänner 2013, GZ 25 Kt 29/12-10, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Antragstellerinnen und ihre Konzerngesellschaften sind Medien- oder Medienhilfsunternehmen.

Die im Alleineigentum der St***** AG stehende Zweitantragstellerin und r***** GmbH („r*****“) sind Gesellschafterinnen der P***** GmbH („P***** E*****“). Alleingesellschafterin der r***** ist die S***** GmbH („S*****“), deren Alleingesellschafterin der Erstantragsteller ist.

Die Gründung der P***** E***** als Gemeinschaftsunternehmen der beiden Antragstellerinnen wurde als Zusammenschluss angemeldet und durch Nichtuntersagung zu 26 Kt 29/01-7 des Kartellgerichts freigegeben.

S***** und die im Alleineigentum der Zweitantragstellerin stehende L*****-GmbH („L*****“) halten jeweils 50 % der Geschäftsanteile der P***** GmbH („P***** L*****“). Auch deren Gründung wurde als Zusammenschluss durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bei der Bundeswettbewerbsbehörde angemeldet und durch Nichtuntersagung am 23. 02. 2010 freigegeben.

Am 7./11. 7. 2011 haben die Rechtsvorgängerin der S*****, die S***** GmbH (dort kurz „S*****“ genannt), und die

Zweitrantragstellerin (dort kurz „St*****“ genannt) einen „Letter of Intent“ abgeschlossen, in dem es unter anderem heißt:

„1. Präambel

S***** und St***** erwägen, ihre jeweiligen vertrieblichen und logistischen Aktivitäten in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland in einer gemeinsamen Gesellschaft zusammenzuführen, um Synergien zu heben und aufgrund der verbreiteten Infrastruktur neue, zum jeweiligen Kerngeschäft kompatible Geschäftsfelder zu erschließen.

Dieses Vorhaben umfasst insbesondere die [...] P***** E***** und die [...] P***** L***** [...], an welcher die Vertragspartner jeweils mittelbar bzw. unmittelbar je zur Hälfte beteiligt sind, sowie die allein der St***** gehörende L***** L***** [...] und gegebenenfalls Unternehmensteile der allein der S***** gehörenden r***** [...].

Dieser LOI dient zur Bekräftigung des beiderseitigen grundsätzlichen Interesses zur Realisierung des gegenständlichen Vorhabens und zur Festlegung der wesentlichen Eckdaten des weiteren Vorgehens.

2. Gesellschaftsstruktur

Die Vertragspartner werden gemeinsam die wirtschaftlich, rechtlich und steuerlich optimale Struktur für die Zusammenführung der oben genannten Unternehmen und Unternehmensteile ausarbeiten und insbesondere festlegen, ob die Zusammenführung in einer einzigen Gesellschaft oder die Einbringung der jeweiligen Einzelgesellschaften bzw. Unternehmensteile in eine gemeinsame Holding zweckmäßiger ist.

Die Vertragspartner werden jeweils zur Hälfte an Kapital und Gewinn der gemeinsamen neu zu gründenden Gesellschaft beteiligt sein, wobei als Gesellschafter nicht die Vertragspartner selbst auftreten müssen, sondern diese Aufgabe auch von einem ihrer Konzernunternehmen wahrgenommen werden kann. [...]

3. Zeitplan

Eine grundsätzliche Einigung über das angedachte Vorhaben soll bis zum 31. 1. 2012 umgesetzt sein, jedenfalls derart, dass die Vertragspartner sich verbindlich hinsichtlich der Gründung der gemeinsamen Gesellschaft geeinigt haben müssen. Sollte bis zu diesem Tag keine Einigung erfolgt sein, ist jeder Vertragspartner berechtigt, das Vorhaben für gescheitert zu erklären und die Gespräche zu beenden. [...]

6. Weiteres Vorgehen

S***** wird nach einem für beide Seiten erfolgreichen Ergebnis der Klärung der künftigen Unternehmensstruktur einen Anwalt ihres Vertrauens auf eigene Kosten mit der Erstellung eines ersten Entwurfes des Vertragswerkes zur Gründung der neuen Gesellschaft beauftragen und deren Entwürfe an St***** übermitteln. Parallel dazu werden sich die Vertragspartner bemühen, die notwendigen Informationen für die kartellrechtliche Anmeldung des Vorhabens zu erheben und diese Anmeldung vorzubereiten.

7. Exklusivität

Die Vertragspartner halten sich an ihre Absichtserklärungen längstens bis zum 31. 12. 2011 gebunden und verpflichten sich, bis zu diesem Zeitpunkt mit keinem Dritten Gespräche über eine Kooperation bezogen auf die der neuen Gesellschaft zugedachten Geschäftsfelder aufzunehmen, oder anderweitig (Verkauf etc) über diese Bereiche zu verfügen.

8. Verbindlichkeit des LOI

Mit Ausnahme der Punkte 5 und 7 bis 12 stellt dieser LOI auf beiden Seiten eine rechtlich unverbindliche Absichtserklärung dar. Keinem der Vertragspartner erwächst aus dem gegenständlichen LOI das Recht auf eine tatsächliche Gründung der angedachten gemeinsamen Gesellschaft oder auf eine sonstige weiterführende Kooperation bezogen auf die in der Präambel genannten Unternehmen. Sollte es zu keinem Vertragsabschluss kommen oder die Vertragsverhandlungen von einem der Vertragspartner abgebrochen werden, entsteht daraus kein Anspruch auf Schadenersatz oder Ersatz von aufgewendeten Kosten.

9. Kosten

Jeder Vertragspartner trägt die ihm entstehenden Kosten im Zusammenhang mit diesem LOI, den weiteren

Verhandlungen sowie der Due Diligence selbst, einschließlich von Kosten allfällig von einem der Vertragspartner zugezogener externer Berater. Kosten der Kartellanmeldung bzw. gemeinschaftliche Kosten nach Einigung über die Verträge (zB. externe Rechtsberatung) werden je zur Hälfte getragen.“

Daran anknüpfend haben die S***** und die Zweitantragstellerin nach weiteren Verhandlungen am 15. 10. 2012 ein „Memorandum“ abgeschlossen, in dem es unter anderem heißt:

„[...] In Umsetzung dieses Letter of Intent haben die Parteien seither die von der geplanten Zusammenführung potentiell betroffenen Unternehmen und Unternehmensteile bewertet und Verhandlungen über die Details der künftigen Zusammenarbeit geführt. Als Ergebnis dieser Aktivitäten ergibt sich der in diesem Memorandum festgeschriebene Status, welcher nach dem Willen der Parteien nunmehr als Grundlage für die rasche Umsetzung des Zusammenführungskonzeptes heranzuziehen ist:

1. Gesellschaftsstruktur

Die Parteien sind sich einig, dass die Zusammenführung der jeweiligen vertrieblichen und logistischen Aktivitäten in einer einzigen Gesellschaft, nämlich der derzeitigen P***** GmbH, erfolgen soll.

Zu diesem Zweck sollen die L*****-GmbH sowie die P***** GmbH als übertragende Gesellschaften mit der P***** E***** GmbH als aufnehmende Gesellschaft verschmolzen werden. Ebenso soll der Teilbetrieb „H*****“ der r***** GmbH als Sacheinlage oder im Wege eines Betriebsverkaufes („asset deal“) an die P***** GmbH übertragen werden. Der Bereich „Ö*****“ verbleibt rechtlich in der r***** GmbH, jedoch wird die Abwicklung dieses Auftrages im Innenverhältnis der P***** GmbH als Dienstleister übertragen.

Die Parteien sind sich darüber einig, dass nach dem Ergebnis der im Auftrag beider Parteien durchgeführten Unternehmensbewertungen die durch die Parteien demgemäß der P***** GmbH zu übertragenden Unternehmen und Unternehmensteile gleichwertig sind, sodass weder Ausgleichszahlungen noch andere Maßnahmen zur Beseitigung allfälliger Wertverschiebungen erforderlich sind.

Die Parteien werden somit an der gemeinsamen Gesellschaft jeweils 50 % des Kapitals und der Stimmrechte halten und an deren Gewinn im gleichen Verhältnis beteiligt sein.

2. Regelung der Zusammenarbeit

Entsprechend den Bestimmungen des Letter of Intent soll die Zusammenarbeit in der gemeinsamen Gesellschaft gesellschaftsrechtlich und vertraglich in Anlehnung an die Verträge bezüglich der P***** GmbH mit der Maßgabe gestaltet werden, dass die operative Führung durch eine gleichberechtigte, aus zwei durch die Vertragsparteien jeweils nominierte Geschäftsführer bestehende Geschäftsführung erfolgt.

Das Konzept der gemeinsamen Kontrolle ist somit als Grundsatz der Zusammenarbeit beizubehalten. Um Pattsituationen lösen zu können, sollen die Verträge einen Eskalationsmechanismus enthalten, demzufolge Entscheidungen, bezüglich derer innerhalb der Geschäftsführung keine Einigung erzielt werden kann, unter schriftlicher Begründung der jeweiligen Position zunächst den jeweiligen Vertretern der Parteien in der Generalversammlung der Gesellschaft und, falls auch auf dieser Ebene keine Lösung erzielt werden kann, den Vorstandsvorsitzenden der Mutterunternehmen S***** AG und S***** AG vorzulegen sind.

Soweit der vorbeschriebene Eskalationsmechanismus in einer Frage von strategischer Bedeutung für das Gemeinschaftsunternehmen zu keiner Lösung führt, soll jeder Partei das Recht eingeräumt werden, die Zusammenarbeit aufzukündigen [...].

3. Umsetzung

Die Umsetzung sämtlicher Zusammenführungsmaßnahmen soll auf Basis der Jahresabschlüsse zum 31. Dezember 2012 und mit Rückwirkung zu diesem Stichtag im ersten Quartal 2013 erfolgen. Zur Absicherung dieses Zeitplanes ist - in Abhängigkeit von der Entscheidung des Kartellgerichtes über den anhängigen Feststellungsantrag - noch vor dem 31. Dezember 2012 ein Rahmenvertrag zwischen den Parteien über die gesamte Transaktion und die zukünftige Zusammenarbeit abzuschließen, welche die Umsetzung der Transaktion verbindlich regelt.

4. Gremialvorbehalt

Der Abschluss der finalen Verträge steht unter dem Vorbehalt der Genehmigung des Vorstandes und Aufsichtsrates der [Erstantragsteller] sowie des Aufsichtsrates der S***** AG.“

Die Antragstellerinnen beantragten, gemäß § 28 Abs 2 KartG festzustellen, dass die geplanten Verschmelzungen der P***** L***** sowie der L***** L***** mit P***** E***** und die Übertragung des Teilbetriebs „H***** + Ö*****“ der r***** auf P***** E***** mangels Erreichens der Umsatzschwelle gemäß § 9 Abs 1 Z 3 KartG keine anmeldebedürftigen Zusammenschlüsse im Sinne des § 9 KartG seien. Ihre Unternehmensgruppen hielten jeweils 50 % der Geschäftsanteile ihrer kartellrechtlich genehmigten Gemeinschaftsunternehmen P***** E***** und P***** L*****. P***** E***** habe ein unabhängiges Hauszustellungssystem für Printmedien aufgebaut, das sowohl Printprodukte der Gründungsgesellschafter als auch von Dritten zustelle. Die P***** L***** umfasse die Teilbetriebe „Stummer Verkauf (darunter verstehe man die Aufstellung und Befüllung von Selbstbedienungsgeräten für den Verkauf von Tageszeitungen) und die Kolportage Steiermark und Kärnten“ sowie „Auslieferung und Stummer Verkauf“. Um die gesellschaftsrechtlichen und organisatorischen Strukturen zu vereinfachen und die mit der Gründung der P***** E***** begonnene Zusammenlegung ihrer vertrieblichen und logistischen Aktivitäten in Wien, Niederösterreich und Burgenland zu beenden, hätten die Antragstellerinnen im „Letter of Intent“ vom 7./11. 7. 2011 ihre Absicht erklärt, P***** E***** als aufnehmende Gesellschaft und P***** L***** unter Beibehaltung des bisherigen Beteiligungsverhältnisses sowie die im Alleineigentum der Zweitantragstellerin stehende L***** L***** als übertragende Gesellschaft mit P***** E***** zu verschmelzen und den Teilbetrieb „H*****“ der r***** als Sacheinlage in die P***** E***** einzubringen. Im Ergebnis sollten die Antragstellerinnen zu jeweils 50 % an der P***** E***** beteiligt bleiben. Im Geschäftsjahr 2011 habe P***** L***** Umsatzerlöse von 4.008.465,65 EUR, L***** L***** von 1.627.169 EUR und der Teilbetrieb „H***** + Ö*****“ der r***** von 2.916.170,22 EUR erzielt. Da die Umsatzerlöse der jeweiligen Veräußerer bei Berechnung der Umsatzschwellen nicht den veräußerten Unternehmen, sondern nur P***** E***** als Erwerberin, mit der sie auch verbunden blieben, zuzurechnen seien, überschreite nur ein beteiligtes Unternehmen die Umsatzschwelle des § 9 Abs 1 Z 3 KartG, sodass eine Anmeldepflicht für die einzelnen Zusammenschlüsse nicht bestehe. Die drei gegenständlichen Transaktionen seien kein einheitlicher Erwerbsvorgang. Sie würden zwar parallel vorbereitet und sollten aus organisatorischen Gründen auch im Wesentlichen gleichzeitig umgesetzt werden, das Zustandekommen aller drei Transaktionen sei aber keine Bedingung. Beim Zusammenschluss von P***** L***** und P***** E***** handle es sich um die Verschmelzung zweier Gemeinschaftsunternehmen, die schon einer fusionsrechtlichen Prüfung unterzogen worden seien. Deren Geschäftsbereiche würden nur zusammengeführt, aber nicht erweitert. Die Antragstellerinnen beantragten, gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KartG festzustellen, dass die geplanten Verschmelzungen der P***** L***** sowie der L***** L***** mit P***** E***** und die Übertragung des Teilbetriebs „H***** + Ö*****“ der r***** auf P***** E***** mangels Erreichens der Umsatzschwelle gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KartG keine anmeldebedürftigen Zusammenschlüsse im Sinne des Paragraph 9, KartG seien. Ihre Unternehmensgruppen hielten jeweils 50 % der Geschäftsanteile ihrer kartellrechtlich genehmigten Gemeinschaftsunternehmen P***** E***** und P***** L*****. P***** E***** habe ein unabhängiges Hauszustellungssystem für Printmedien aufgebaut, das sowohl Printprodukte der Gründungsgesellschafter als auch von Dritten zustelle. Die P***** L***** umfasse die Teilbetriebe „Stummer Verkauf (darunter verstehe man die Aufstellung und Befüllung von Selbstbedienungsgeräten für den Verkauf von Tageszeitungen) und die Kolportage Steiermark und Kärnten“ sowie „Auslieferung und Stummer Verkauf“. Um die gesellschaftsrechtlichen und organisatorischen Strukturen zu vereinfachen und die mit der Gründung der P***** E***** begonnene Zusammenlegung ihrer vertrieblichen und logistischen Aktivitäten in Wien, Niederösterreich und Burgenland zu beenden, hätten die Antragstellerinnen im „Letter of Intent“ vom 7./11. 7. 2011 ihre Absicht erklärt, P***** E***** als aufnehmende Gesellschaft und P***** L***** unter Beibehaltung des bisherigen Beteiligungsverhältnisses sowie die im Alleineigentum der Zweitantragstellerin stehende L***** L***** als übertragende Gesellschaft mit P***** E***** zu verschmelzen und den Teilbetrieb „H*****“ der r***** als Sacheinlage in die P***** E***** einzubringen. Im Ergebnis sollten die Antragstellerinnen zu jeweils 50 % an der P***** E***** beteiligt bleiben. Im Geschäftsjahr 2011 habe P***** L***** Umsatzerlöse von 4.008.465,65 EUR, L***** L***** von 1.627.169 EUR und der Teilbetrieb „H***** + Ö*****“ der r***** von 2.916.170,22 EUR erzielt. Da die Umsatzerlöse der jeweiligen Veräußerer bei Berechnung der Umsatzschwellen nicht den veräußerten Unternehmen, sondern nur P***** E***** als Erwerberin, mit der sie auch verbunden blieben, zuzurechnen seien, überschreite nur ein beteiligtes Unternehmen die Umsatzschwelle des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KartG, sodass eine Anmeldepflicht für die einzelnen Zusammenschlüsse nicht bestehe. Die drei gegenständlichen Transaktionen

seien kein einheitlicher Erwerbsvorgang. Sie würden zwar parallel vorbereitet und sollten aus organisatorischen Gründen auch im Wesentlichen gleichzeitig umgesetzt werden, das Zustandekommen aller drei Transaktionen sei aber keine Bedingung. Beim Zusammenschluss von P***** L***** und P***** E***** handle es sich um die Verschmelzung zweier Gemeinschaftsunternehmen, die schon einer fusionsrechtlichen Prüfung unterzogen worden seien. Deren Geschäftsbereiche würden nur zusammengeführt, aber nicht erweitert.

Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt beantragten die Abweisung des Feststellungsantrags. Es seien auch die Umsätze der Antragstellerinnen zu berücksichtigen, weil sie die Kontrolle über die veräußerten Tochtergesellschaften nicht gänzlich aufgäben, sondern die gemeinsame Kontrolle behielten und mit den Tochtergesellschaften insofern verbunden blieben. Die Muttergesellschaften seien die eigentlichen Akteure des Zusammenschlussvorhabens und deshalb als an diesem beteiligte Unternehmen anzusehen. Für die Frage der Anmeldebedürftigkeit sei nicht entscheidend, dass der Zusammenschluss der Antragstellerinnen in zwei Gemeinschaftsunternehmen bereits genehmigt worden sei. Auch für die europäische Fusionskontrolle gelte, dass ein neuer Zusammenschluss vorliege, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen einen neuen Tätigkeitsbereich aufnehme und im Zuge dessen Unternehmen von der Muttergesellschaft erwerbe. An der Erwerberin P***** E***** seien die beiden Muttergesellschaften S***** und S***** beteiligt; sie übten zukünftig gemeinsam Einfluss über die eingebrachten Zielunternehmen aus. Mit ihnen seien an dem geplanten Zusammenschluss jedenfalls zwei Unternehmen beteiligt, die die Schwellenwerte des § 9 Abs 1 KartG erfüllten. Im Übrigen seien gemäß Art 5 Abs 2 UA 2 FKVO Nr 39/2004 zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge zwischen denselben Personen und Unternehmen als einziger Zusammenschluss zu werten, wenn sie innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren stattfänden. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beachtung des Umgehungsverbots müsse im Ergebnis zur Anerkennung einer identen rechtlichen Beurteilung führen. Die geplanten Transaktionen seien daher als einheitlicher Erwerbsvorgang zu werten. Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt beantragten die Abweisung des Feststellungsantrags. Es seien auch die Umsätze der Antragstellerinnen zu berücksichtigen, weil sie die Kontrolle über die veräußerten Tochtergesellschaften nicht gänzlich aufgäben, sondern die gemeinsame Kontrolle behielten und mit den Tochtergesellschaften insofern verbunden blieben. Die Muttergesellschaften seien die eigentlichen Akteure des Zusammenschlussvorhabens und deshalb als an diesem beteiligte Unternehmen anzusehen. Für die Frage der Anmeldebedürftigkeit sei nicht entscheidend, dass der Zusammenschluss der Antragstellerinnen in zwei Gemeinschaftsunternehmen bereits genehmigt worden sei. Auch für die europäische Fusionskontrolle gelte, dass ein neuer Zusammenschluss vorliege, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen einen neuen Tätigkeitsbereich aufnehme und im Zuge dessen Unternehmen von der Muttergesellschaft erwerbe. An der Erwerberin P***** E***** seien die beiden Muttergesellschaften S***** und S***** beteiligt; sie übten zukünftig gemeinsam Einfluss über die eingebrachten Zielunternehmen aus. Mit ihnen seien an dem geplanten Zusammenschluss jedenfalls zwei Unternehmen beteiligt, die die Schwellenwerte des Paragraph 9, Absatz eins, KartG erfüllten. Im Übrigen seien gemäß Artikel 5, Absatz 2, UA 2 FKVO Nr 39 aus 2004, zwei oder mehrere Erwerbsvorgänge zwischen denselben Personen und Unternehmen als einziger Zusammenschluss zu werten, wenn sie innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren stattfänden. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und Beachtung des Umgehungsverbots müsse im Ergebnis zur Anerkennung einer identen rechtlichen Beurteilung führen. Die geplanten Transaktionen seien daher als einheitlicher Erwerbsvorgang zu werten.

Das Kartellgericht wies den Feststellungsantrag ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte rechtlich aus, der Feststellungsantrag sei zulässig, könne doch der noch nicht rechtsverbindlich vereinbarte Zusammenschluss infolge der grundsätzlichen Einigung über die genaue Struktur und den Zeitplan seiner Umsetzung schon angemeldet werden. Vor allem im Hinblick auf das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerinnen an der Entscheidung sei ihnen demnach die Möglichkeit zu eröffnen, die Anmeldebedürftigkeit des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht überprüfen zu lassen.

Zur Auslegung des im Gesetz nicht definierten Begriffs des „beteiligten Unternehmens“ nach § 9 KartG könne die Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der VO (EG) Nr 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (MZust) als Auslegungshilfe herangezogen werden. Dort werde dargelegt, dass bei einer Fusion grundsätzlich die einzelnen fusionierenden Unternehmen als beteiligte Unternehmen gälten und in den anderen Fällen die beteiligten Unternehmen durch den Begriff des Kontrollerwerbs bestimmt würden. Bei Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens seien nur die Muttergesellschaften beteiligte

Unternehmen. Gleiches gelte, wenn ein Unternehmen eine bereits bestehende Tochtergesellschaft oder einen Geschäftsbereich, über den es zuvor die alleinige Kontrolle ausgeübt habe, in das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einbringe. Unter diesen Umständen werde jedes der gemeinsam kontrollierenden Unternehmen als beteiligtes Unternehmen betrachtet, während die in das Gemeinschaftsunternehmen eingebrachten Unternehmen oder Geschäftsbereiche keine beteiligten Unternehmen seien und ihr Umsatz Teil des Umsatzes der anfänglichen Muttergesellschaft sei. Im Fall von Transaktionen, bei denen ein Gemeinschaftsunternehmen die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erwerbe, stelle sich die Frage, ob - wie es dem Prinzip entspreche - das Gemeinschaftsunternehmen als das am Kontrollerwerb unmittelbar beteiligte Unternehmen als beteiligtes Unternehmen (dessen Umsatz den Umsatz seiner Muttergesellschaft umfasste) zu betrachten sei oder ob es Umstände gebe, unter denen jede einzelne Muttergesellschaft als beteiligtes Unternehmen anzusehen sei. Vor allem wenn das Gemeinschaftsunternehmen als reines Instrument für die Erwerbszwecke der Muttergesellschaften einzuschätzen sei, sehe die Kommission statt des Gemeinschaftsunternehmens jede der Muttergesellschaften und das Zielunternehmen als beteiligte Unternehmen an. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen speziell für den Erwerb des Zielunternehmens gegründet werde oder seine Geschäftstätigkeit noch nicht aufgenommen habe, wenn ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sei, oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen eine Vereinigung von Unternehmen sei. Dasselbe gelte, wenn anhand bestimmter Kriterien nachgewiesen werden könne, dass die Muttergesellschaften die eigentlichen Akteure bei dem Vorhaben seien, wie etwa im Fall einer erheblichen Beteiligung der Muttergesellschaften an der Einleitung, Organisation und Finanzierung des Vorhabens. Unter solchen Umständen seien die Muttergesellschaften als beteiligte Unternehmen anzusehen. Zur Auslegung des im Gesetz nicht definierten Begriffs des „beteiligten Unternehmens“ nach Paragraph 9, KartG könne die Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der VO (EG) Nr 139 aus 2004, des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (MZust) als Auslegungshilfe herangezogen werden. Dort werde dargelegt, dass bei einer Fusion grundsätzlich die einzelnen fusionierenden Unternehmen als beteiligte Unternehmen gälten und in den anderen Fällen die beteiligten Unternehmen durch den Begriff des Kontrollerwerbs bestimmt würden. Bei Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens seien nur die Muttergesellschaften beteiligte Unternehmen. Gleiches gelte, wenn ein Unternehmen eine bereits bestehende Tochtergesellschaft oder einen Geschäftsbereich, über den es zuvor die alleinige Kontrolle ausgeübt habe, in das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einbringe. Unter diesen Umständen werde jedes der gemeinsam kontrollierenden Unternehmen als beteiligtes Unternehmen betrachtet, während die in das Gemeinschaftsunternehmen eingebrachten Unternehmen oder Geschäftsbereiche keine beteiligten Unternehmen seien und ihr Umsatz Teil des Umsatzes der anfänglichen Muttergesellschaft sei. Im Fall von Transaktionen, bei denen ein Gemeinschaftsunternehmen die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erwerbe, stelle sich die Frage, ob - wie es dem Prinzip entspreche - das Gemeinschaftsunternehmen als das am Kontrollerwerb unmittelbar beteiligte Unternehmen als beteiligtes Unternehmen (dessen Umsatz den Umsatz seiner Muttergesellschaft umfasste) zu betrachten sei oder ob es Umstände gebe, unter denen jede einzelne Muttergesellschaft als beteiligtes Unternehmen anzusehen sei. Vor allem wenn das Gemeinschaftsunternehmen als reines Instrument für die Erwerbszwecke der Muttergesellschaften einzuschätzen sei, sehe die Kommission statt des Gemeinschaftsunternehmens jede der Muttergesellschaften und das Zielunternehmen als beteiligte Unternehmen an. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen speziell für den Erwerb des Zielunternehmens gegründet werde oder seine Geschäftstätigkeit noch nicht aufgenommen habe, wenn ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sei, oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen eine Vereinigung von Unternehmen sei. Dasselbe gelte, wenn anhand bestimmter Kriterien nachgewiesen werden könne, dass die Muttergesellschaften die eigentlichen Akteure bei dem Vorhaben seien, wie etwa im Fall einer erheblichen Beteiligung der Muttergesellschaften an der Einleitung, Organisation und Finanzierung des Vorhabens. Unter solchen Umständen seien die Muttergesellschaften als beteiligte Unternehmen anzusehen.

Als Grundsatz gelte demnach, dass lediglich der oder die Erwerber (bzw das aufnehmende Unternehmen) und das Zielunternehmen (bzw das aufzunehmende Unternehmen), nicht jedoch der Veräußerer beteiligte Unternehmen seien. Deren Umsätze sowie die Umsätze der mit ihnen im Sinn des § 7 KartG verbundenen Unternehmen seien also für die Beurteilung der Frage relevant, ob die Schwellenwerte des § 9 KartG erreicht würden. Beim Kontroll- oder Anteilserwerb durch ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sei das erwerbende Gemeinschaftsunternehmen beteiligtes Unternehmen und nicht die hinter diesem stehenden Muttergesellschaften, sofern das

Gemeinschaftsunternehmen nicht ein bloßes Transaktionsvehikel sei. Als solches werde das Gemeinschaftsunternehmen angesehen, wenn es sich um eine reine Holding handle oder um eine Gesellschaft, die keinen oder nur einen unerheblichen Umsatz erziele, oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf einem anderen Markt als das Zielunternehmen tätig ist und sich die Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens nur bedienten, um Akquisitionen vorzunehmen. Als Grundsatz gelte demnach, dass lediglich der oder die Erwerber (bzw. das aufnehmende Unternehmen) und das Zielunternehmen (bzw. das aufzunehmende Unternehmen), nicht jedoch der Veräußerer beteiligte Unternehmen seien. Deren Umsätze sowie die Umsätze der mit ihnen im Sinn des Paragraph 7, KartG verbundenen Unternehmen seien also für die Beurteilung der Frage relevant, ob die Schwellenwerte des Paragraph 9, KartG erreicht würden. Beim Kontroll- oder Anteilserwerb durch ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sei das erwerbende Gemeinschaftsunternehmen beteiligtes Unternehmen und nicht die hinter diesem stehenden Muttergesellschaften, sofern das Gemeinschaftsunternehmen nicht ein bloßes Transaktionsvehikel sei. Als solches werde das Gemeinschaftsunternehmen angesehen, wenn es sich um eine reine Holding handle oder um eine Gesellschaft, die keinen oder nur einen unerheblichen Umsatz erziele, oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf einem anderen Markt als das Zielunternehmen tätig ist und sich die Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens nur bedienten, um Akquisitionen vorzunehmen.

Sowohl der zwischen den Antragstellerinnen vereinbarte „Letter of Intent“ als auch das daran anknüpfende Memorandum ließen klar erkennen, dass die Antragstellerinnen als Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar beteiligte Gemeinschaftsunternehmen P***** E***** die Vertragsgespräche eingeleitet, das Zusammenschlussvorhaben ausverhandelt und organisiert hätten und gemeinsam dessen Kosten trügen. Das Gemeinschaftsunternehmen selbst habe dabei weder eine organisierende noch finanzierende Rolle gespielt. Die Zielunternehmen seien selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerinnen auf einem anderen Markt als das Gemeinschaftsunternehmen tätig, sodass alle genannten Voraussetzungen vorlägen, um die beiden Antragstellerinnen als beteiligte Unternehmen im Sinn des § 9 KartG anzusehen, deren Umsatz bei Prüfung der Anmeldebedürftigkeit des Zusammenschlussvorhabens nicht bloß jenem des Gemeinschaftsunternehmens im Sinn der §§ 7, 22 KartG zuzurechnen, sondern eigens heranzuziehen sei. Dass die Antragstellerinnen als Muttergesellschaften die Umsatzschwellen des § 9 Abs 1 Z 3 KartG aber überschritten, hätten sie nie in Abrede gestellt. Ihr Zusammenschlussvorhaben sei daher schon aus diesem Grund anmeldebedürftig. Sowohl der zwischen den Antragstellerinnen vereinbarte „Letter of Intent“ als auch das daran anknüpfende Memorandum ließen klar erkennen, dass die Antragstellerinnen als Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar beteiligte Gemeinschaftsunternehmen P***** E***** die Vertragsgespräche eingeleitet, das Zusammenschlussvorhaben ausverhandelt und organisiert hätten und gemeinsam dessen Kosten trügen. Das Gemeinschaftsunternehmen selbst habe dabei weder eine organisierende noch finanzierende Rolle gespielt. Die Zielunternehmen seien selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerinnen auf einem anderen Markt als das Gemeinschaftsunternehmen tätig, sodass alle genannten Voraussetzungen vorlägen, um die beiden Antragstellerinnen als beteiligte Unternehmen im Sinn des Paragraph 9, KartG anzusehen, deren Umsatz bei Prüfung der Anmeldebedürftigkeit des Zusammenschlussvorhabens nicht bloß jenem des Gemeinschaftsunternehmens im Sinn der Paragraphen 7, 22, KartG zuzurechnen, sondern eigens heranzuziehen sei. Dass die Antragstellerinnen als Muttergesellschaften die Umsatzschwellen des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KartG aber überschritten, hätten sie nie in Abrede gestellt. Ihr Zusammenschlussvorhaben sei daher schon aus diesem Grund anmeldebedürftig.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Antragstellerinnen, den beide Amtsparteien beantwortet haben, ist nicht berechtigt.

1.1. Die Rekurswerberinnen bekämpfen die auf dem „Letter of Intent“ und dem Memorandum fußenden Ausführungen des Erstgerichts, wonach die Antragstellerinnen als Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar beteiligte Gemeinschaftsunternehmen die Vertragsgespräche eingeleitet und das Zusammenschlussvorhaben ausverhandelt und organisiert hätten und gemeinsam dessen Kosten trügen, das Gemeinschaftsunternehmen selbst hingegen weder eine organisierende noch finanzierende Rolle gespielt habe.

1.2. Diese Ausführungen laufen auf eine Bekämpfung der Beweiswürdigung des Kartellgerichts hinaus; eine solche ist aber beim Obersten Gerichtshof, der auch im kartellgerichtlichen Verfahren nur Rechts- und nicht Tatsacheninstanz ist (RIS-Justiz RS0119972; RS0123662), nicht möglich. Die bekämpften Schlussfolgerungen des Erstgerichts sind nicht rechtlicher Natur, sondern Schlussfolgerungen von erwiesenen Tatsachen auf andere Tatsachen.

2. Im Übrigen machen die Rekurswerberinnen zusammengefasst geltend, das Erstgericht stütze sich ausschließlich auf Rn 145 der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen (MZust), der keine Rechtswirkung zukäme, und wende die Bestimmung nicht richtig an. P***** E***** sei weder eine bloße Mantelgesellschaft noch ein Transaktionsvehikel. Der Sinn der genannten Textstelle bestehe nämlich darin, das erwerbende Gemeinschaftsunternehmen auch dann als Mantelgesellschaft oder Akquisitionsinstrument zu behandeln, wenn aufgrund der Unterschiede in der Tätigkeit des Erwerbers und der erworbenen Unternehmen davon ausgegangen werden müsse, dass die Akquisition strategisch und wirtschaftlich nur im Interesse der Mutterunternehmen und nicht im Interesse des erwerbenden Gemeinschaftsunternehmens gelegen sein könne. Im Anlassfall sei P***** E***** zumindest auf benachbarten Märkten wie die Zielunternehmen tätig und habe selbst das größte strategische und wirtschaftliche Interesse, diese Unternehmen zur Kostensenkung und Hebung von Synergien zu integrieren. Es handle sich daher bei den dem Feststellungsantrag zugrundeliegenden Transaktionen um keine anmeldebedürftigen Zusammenschlüsse.

3. Diese Ausführungen überzeugen nicht.

3.1. Der im Kartellgesetz an mehreren Stellen verwendete Begriff der an einem Zusammenschluss „beteiligten Unternehmen“ wird dort nicht näher bestimmt. So müssen die in § 9 KartG für die Anmeldepflicht des Zusammenschlusses vorgegebenen Umsatzschwellen von den „beteiligten Unternehmen“ erzielt werden. Welche Unternehmen als Normadressaten des § 9 KartG anzusehen sind, hängt von dem jeweiligen Zusammenschlusstatbestand und vom Normzweck ab (vgl 16 Ok 16/04; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ § 36 GWB Rz 78; Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² 168; Hoffer, KartellG 149 f).

3.1. Der im Kartellgesetz an mehreren Stellen verwendete Begriff der an einem Zusammenschluss „beteiligten Unternehmen“ wird dort nicht näher bestimmt. So müssen die in Paragraph 9, KartG für die Anmeldepflicht des Zusammenschlusses vorgegebenen Umsatzschwellen von den „beteiligten Unternehmen“ erzielt werden. Welche Unternehmen als Normadressaten des Paragraph 9, KartG anzusehen sind, hängt von dem jeweiligen Zusammenschlusstatbestand und vom Normzweck ab vergleiche 16 Ok 16/04; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ Paragraph 36, GWB Rz 78; Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² 168; Hoffer, KartellG 149 f).

Hilfe zur Auslegung insbesondere des Begriffs des beteiligten Unternehmens bietet die Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der VO (EG) Nr 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2009/C 43/09 (MZust), in der die Kommission ihre Fallpraxis zusammengefasst hat (vgl 16 Ok 7/07; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, § 9 KartG Rz 16). Hilfe zur Auslegung insbesondere des Begriffs des beteiligten Unternehmens bietet die Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der VO (EG) Nr 139 aus 2004, des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt 2009, /C 43/09 (MZust), in der die Kommission ihre Fallpraxis zusammengefasst hat vergleiche 16 Ok 7/07; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, Paragraph 9, KartG Rz 16).

3.2. Voraussetzung für die Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses ist ua, dass mindestens zwei beteiligte Unternehmen weltweit jeweils mehr als fünf Millionen EUR Umsatzerlöse im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielt haben (§ 9 Abs 1 Z 3 KartG).

3.2. Voraussetzung für die Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses ist ua, dass mindestens zwei beteiligte Unternehmen weltweit jeweils mehr als fünf Millionen EUR Umsatzerlöse im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielt haben (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KartG).

3.3. Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (§ 7 Abs 2 KartG) gelten alle Gründer als Beteiligte (Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² 168; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, § 9 KartG Rz 18; MZust Rn 139), nicht aber das Gemeinschaftsunternehmen (so aber Hoffer, KartellG 150), besteht dieses doch noch nicht und erzielt auch noch keinen Umsatz.

3.3. Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Paragraph 7, Absatz 2, KartG) gelten alle Gründer als Beteiligte (Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² 168; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, Paragraph 9, KartG Rz 18; MZust Rn 139), nicht aber das Gemeinschaftsunternehmen (so aber Hoffer, KartellG 150), besteht dieses doch noch nicht und erzielt auch noch keinen Umsatz.

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

a) die Tochtergesellschaft (L***** L*****) einer der beiden Muttergesellschaften (Zweitansragstellerin) durch Verschmelzung,

b) einen Teilbetrieb der anderen Muttergesellschaft als Sacheinlage oder durch Kauf und

c) das Gemeinschaftsunternehmen der L***** L***** und der Muttergesellschaft der r***** durch Verschmelzung erwirbt.

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

3.6. Wirtschaftlich betrachtet (§ 20 KartG) ist diese Übertragung bisheriger Aktivitäten und Ressourcen der Mutterunternehmen auf das bestehende Gemeinschaftsunternehmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch dieselben Muttergesellschaften gleichzuhalten (vgl Polley/Grave, Die Erweiterung eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss, WuW 2003, 1010, 1018; MZust Rn 107). Dadurch wird ein neuerlicher Zusammenschluss verwirklicht, weil es auch in diesem Fall zu einem Kontrollwechsel über den betroffenen Geschäftsbereich oder über das betroffene Unternehmen kommt (Hoffer, KartellG 150; Polley/Grave aaO 1015). 3.6. Wirtschaftlich betrachtet (Paragraph 20, KartG) ist diese Übertragung bisheriger Aktivitäten und Ressourcen der Mutterunternehmen auf das bestehende Gemeinschaftsunternehmen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch dieselben Muttergesellschaften gleichzuhalten vergleiche Polley/Grave, Die Erweiterung eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss, WuW 2003, 1010, 1018; MZust Rn 107). Dadurch wird ein neuerlicher Zusammenschluss verwirklicht, weil es auch in diesem Fall zu einem Kontrollwechsel über den betroffenen Geschäftsbereich oder über das betroffene Unternehmen kommt (Hoffer, KartellG 150; Polley/Grave aaO 1015).

3.7. Die Übertragung der Unternehmen und des Unternehmensteils durch die Muttergesellschaften zeigt, dass diese - wie auch im „Letter of Intent“ und im Memorandum dokumentiert - die eigentlichen Akteure bei der Ausweitung der Tätigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens sind. Es ist deshalb folgerichtig, neben den Zielunternehmen die Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar erwerbende Gemeinschaftsunternehmen als beteiligte Unternehmen anzusehen (vgl MZust Rz 147). 3.7. Die Übertragung der Unternehmen und des Unternehmensteils durch die Muttergesellschaften zeigt, dass diese - wie auch im „Letter of Intent“ und im Memorandum dokumentiert - die eigentlichen Akteure bei der Ausweitung der Tätigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens sind. Es ist deshalb folgerichtig, neben den Zielunternehmen die Muttergesellschaften und nicht das unmittelbar erwerbende Gemeinschaftsunternehmen als beteiligte Unternehmen anzusehen vergleiche MZust Rz 147).

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

4. Dem Rekurs kann deshalb kein Erfolg beschieden sein.

Schlagworte

Kartellobergericht

Textnummer

E104693

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0160OK00003.13.0627.000

Im RIS seit

15.08.2013

Zuletzt aktualisiert am

02.04.2014

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at