jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2003/3/10 16Ok20/02

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.03.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon.- Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in den verbundenen Kartellrechtssachen der Antragstellerin Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft, Kantgasse1, 1010 Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, Tuchlauben 17, 1014 Wien, der die Österreichischen Bundesbahnen, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner, Rechtsanwälte GmbH, Wien, und die Österreichische Postbus AG, Prinz Eugen-Straße 8-10, 1040 Wien, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner, Rechtsanwälte in Wien, beigetreten sind, sowie der Antragstellerinnen 1. D*****Verkehrsbetriebe KG, *****, 2. S*****, beide vertreten durch Gugerbauer & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung nach § 8a KartG betreffend den Zusammenschluss der Österreichischen Postbus AG und der Österreichischen Bundesbahnen, über die Rekurse der Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft und der Österreichischen Bundesbahnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 16. September 2002, GZ 25 Kt 206,260/02-26, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Im Ministerrat vom 14. 05. 2002 beschloss die Österreichische Bundesregierung, den Bundesminister für Finanzen zu ermächtigen, die Staatliche Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft zu beauftragen, 100 % der Aktien der Österreichischen Postbus AG an die Österreichischen Bundesbahnen abzugeben. Ein dementsprechender Beschluss samt Auftrag an den Vorstand wurde in der Hauptversammlung der ÖIAG am 06. 06. 2002 gefasst.

Der Bundesminister für Finanzen führte in seinem Vortrag an den Ministerrat aus, dass die Verkehrsleistungen von Post und Bahn seit jeher teilweise parallel geführt werden und daher volkswirtschaftlich teuer sind. Schon 1987 sei im Regierungsübereinkommen vereinbart worden, die Kraftwagendienste von Bahn und Post in sinnvoller Kooperation mit Privaten schrittweise zusammenzuführen. 1988 sei eine eigene "Bundesbus-Geschäftsstelle" gegründet worden, die die beiden Busdienste koordinieren sollte. Dieser Maßnahme sei jedoch kein Erfolg beschieden gewesen.

1993 habe der Rechnungshof schon kritisiert, dass die Kooperation der Busdienste untereinander infolge unterschiedlicher Interessen häufig mangelhaft sei.

Mit der Zusammenführung der beiden Busdienste sollten

1. Parallelleistungen zwischen Bahn und Post abgebaut

2. ein integriertes Verkehrskonzept gemeinsam mit den Verbundorganisationen und anderen Anbietern im öffentlichen Nahverkehr entworfen

3. die Eigenwirtschaftlichkeit gesteigert und

4. eine Erhöhung des Kundennutzens (Tarifvereinfachungen, Verkürzung der door-to-door-Zeit etc) erreicht werden.

Im Vortrag an den Ministerrat heißt es dann:

"Der Vorstand der ÖBB hat einen Beschluss getroffen, die betriebswirtschaftlichen Vorteile aus der Zusammenführung der beiden Busdienste voll auszunützen und unmittelbar nach Zusammenführung der beiden Dienste den Betrieb unter einheitlicher Leitung und unter Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Eigenständigkeit sowie der Regionalstruktur der Österreichischen Postbus AG als Tochter der ÖBB zu optimieren. So wurde durch die Zusammenführung der Busdienste unter der Annahme eines 100%igen Anteilerwerbs ein Synergiepotenzial Bahnbus-Postbus in Höhe von etwa EUR 22,7 Mio. p.a. errechnet, davon EUR 4,9 Mio. aus Teilprodukt Markt, EUR 2,6 Mio. aus Zusammenführung Verwaltung, EUR 5,5 Mio. aus Reduktion Bus-km-Fahrdienst, EUR 1,8 Mio. aus Reduktion Bus-km-AfA, EUR 3,6 Mio. aus Kostenreduzierung, EUR 5 Mio. Bus-km, EUR 1,7 Mio. aus Reduktion Mietkosten sowie EUR 2,6 Mio. aus gemeinsamem Einkauf. Ein weiteres Synergiepotential Bus-Schiene in Höhe von etwa EUR 14,5 Mio. p.a. ergibt sich durch die Zusammenführung von Bahnbus und Postbus innerhalb der ÖBB durch die gemeinsame Fahrplankonzeption. Weiters kann durch die Zusammenlegung von Werkstätten und Betriebshöfen durch den Verkauf der freiwerdenden Immobilien ein Einmal-Effekt mit einer Nettowirkung insgesamt (Veräußerungserlös abzüglich Abbruchkosten) in Höhe von EUR 78 Mio. erzielt werden. Entsprechende Veräußerungserlöse ergeben sich aus der Übertragung von Werkstätten der Österreichischen Postbus AG auf ÖBB in Höhe von EUR 16 Mio., aus der Übertragung von Werkstätten der ÖBB auf die Österreichische Postbus AG in Höhe von rund EUR 2,7 Mio. sowie aus gemeinsamen Projekten an verschiedenen Standorten in Höhe von rund EUR 84 Mio.

Bedeutsame verkehrs- und volkswirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses liegen in der Sicherstellung der flächenmäßigen Erschließung bei gleichzeitiger Hebung von Kostensenkungspotenzialen durch Reduktion von Parallelleistungen bei einer gleichzeitigen Steigerung des Kundennutzens. Freigesetzte Potenziale können für die Erschließung neuer Verkehre zur Erhöhung des Wirkungsgrades verwendet werden. Durch Anschlussverbesserungen, gemeinsame Fahrplan- konstruktionen in Abstimmung speziell auch mit dem Schienenverkehr (Zubringerfunktion), damit Verkürzung der door-to-door-Zeit und geringere Wartezeiten wird eine Optimierung des Verkehrsangebotes möglich. Durch eine intensive Abstimmung werden eine gemeinsame Fahrplanauskunft, ein einziger Ansprechpartner für die Kunden, integrierter Verkehr sowie flächendeckende Verkehrskonzepte realisiert werden können."

Auch der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ging laut Medienberichten von Synergien von jährlich rund 45 Mio. EUR aus, die sich durch den gemeinsamen Einkauf, Standortkonzentrationen bei den Werkstätten oder Zusammenlegen von verschiedenen Verkehrsleistungen ergeben. Die Linienparallelitäten bei Bahn- und Postbus betragen 18 %, bei Postbus-Schiene 34 %.

Die Antragsteller des zweiten Feststellungsverfahrens (im folgenden Konkurrenten) bedienen und bewerben sich in Konkurrenz zu ÖBB und Österreichische Postbus AG um verschiedene Kraftfahrlinien.

Im Zusammenhang mit der Errichtung einer gemeinsamen Bundesbus-Geschäftsstelle für die ÖBB und die Postbusse wurde 1988 mit den Personalvertretungen von Bahn und Post vereinbart, dass die bestehenden Größenverhältnisse der beiden Busdienste zueinander in Bezug auf Anzahl der Busse und Personal im Wesentlichen unverändert bleiben. Auch sollte sich an der organisatorischen Eingliederung der Busdienste in die Betriebe Bahn und Post nichts ändern.

In einem Schreiben des Bundesministers für Wissenschaft, Verkehr und Kunst vom 22. 01. 1997 an den Vorstand der ÖBB heißt es:

"Mit 1. Mai 1996, dem Tag der Gründung der Post und Telekom AG, ist die Vertretung der Eigentümeraufgaben für den Postbereich vom Bundesministerium für Wissenschaft, Verkehr und Kunst auf das Bundesministerium für Finanzen übergegangen. Die Führung von Autobusdiensten gehört in den betrieblichen Bereich, der von den operativen

Unternehmensorganen zu führen ist. Daher besteht auf der Ebene der beiden Bundesminister keine Einflussmöglichkeit mehr. Folgedessen wurde in der Geschäftsordnung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Verkehr und Kunst die Bundesbusgeschäftsstelle zum 31. 12. 1996 aufgelöst.

Die Koordination der Linien Autobusdienste ist durch die Verkehrsverbünde gewährleistet und sollte durch eine Koordination und Kooperation zwischen den beiden Unternehmen ergänzt werden. "Die Koordination der Linien Autobusdienste ist durch die Verkehrsverbünde gewährleistet und sollte durch eine Koordination und Kooperation zwischen den beiden Unternehmen ergänzt werden. "

Die ÖBB und die Österreichische Postbus AG haben sich wiederholt im Konzessionsverfahren konkurrenziert und auch in den regionalen Verkehrsverbünden wiederstreitende Interessen vertreten.

So regte 1993 die Österreichische Postbus AG ohne Zustimmung der ÖBB in einer gemeinsamen Arbeitsausschusssitzung mehrerer Verkehrsverbünde an, im Rahmen des Verkehrsverbundes NÖ Süd/Burgenland Mitte einen nicht frequentierten Kurs an Samstagen auf ein Kurspaar an Montagen als Teilersatz für die Verkürzung einer Linie vorzusehen sei. In einer gemeinsamen Arbeitsausschusssitzung vom 3. 2. 2000 beeinspruchten die ÖBB die Teilstrecke 1 der Kfl 1564/66 der Postbus AG (Kirchstetten-Böheimkirchen) mit der Begründung, dass es sich um eine parallele Strecke zur bestehenden Bahnlinie handelt. Weiters lehnten die ÖBB die von der Postbus AG angestrebte Verlängerung des Schnellbusses Rastenfeld-Wien bis Zwettl ab. Am 12. 4. 2000 erklärten die ÖBB, dass der von der Postbus AG geplanten Einbeziehung des Abschnittes St. Georgen am Peith-Opponitz sowie der Einbeziehung der neuen Umfahrung von Aschbach in die Linie der Postbus AG Kfl 1650 keine Zustimmung erteilt wird. In einer gemeinsamen Arbeitsausschusssitzung am 22. 1. 2002 erklärte der Vertreter der ÖBB, der von der Österreichischen Postbus AG angestrebten Aufhebung des Bedienungsverbotes im Teilstück Purgstall-Scheibbs nicht zuzustimmen.

Die ÖIAG beantragte, festzustellen, dass der geplante Erwerb einer Mehrheit der Geschäftsanteile der Österreichischen Postbus AG durch die österreichischen Bundesbahnen nicht der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 41 ff KartG unterliegt. Bei ihrem Feststellungsantrag gehe es darum, zu klären, ob es sich bei dem geplanten Erwerb der ÖPAG durch die ÖBB um einen Zusammenschluss im Sinne von § 41 KartG handelt. Der Feststellungsantrag sei nicht auf die Prüfung der Frage gerichtet, ob auch die weiteren Voraussetzungen für eine Anmeldebedürftigkeit erfüllt sind, insbesondere ob die Schwellenwerte nach § 42a Abs 1 KartG überschritten bzw die Schwellenwerte nach Art 1 FKVO verfehlt werden.

Die ÖIAG brachte vor, dass sämtliche Geschäftsanteile der Österreichischen Postbus AG im Eigentum der ÖIAG stünden, die ihrerseits wiederum zu 100 % im Eigentum des Bundes stehe, dessen Anteilsrechte vom Bundesminister für Finanzen verwaltet werden. Unternehmensgegenstand der ÖPAG sei in erster Linie der öffentliche Personenverkehr mit Bussen und zwar vor allem im ländlichen Raum. Die Österreichischen Bundesbahnen seien eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die zur Gänze im Eigentum des Bundes stehe.

Aufgrund des Auftrags der Bundesregierung, sämtliche Anteile an der ÖPAG an die ÖBB zu veräußern habe die ÖIAG ein rechtliches Interesse daran, möglichst frühzeitig zu klären, ob die geplante Veräußerung der ÖPAG-Geschäftsanteile an die ÖBB ein Zusammenschluss gemäß §41 KartG sei und gemäß § 42a KartG vor seiner Durchführung der Anmeldung beim Kartellgericht bedürfe. Der geplante Erwerb der Mehrheit der ÖPAG durch die ÖBB erfülle für sich allein betrachtet den Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 KartG. Infolge der Eigentümeridentität beider Gesellschaften stelle dies aber keine Unternehmenskonzentration dar, sondern bloß eine Maßnahme der unternehmerischen Reorganisation. Diese unterliege nicht der Zusammenschlusskontrolle. Sie bringe nur die langjährigen Bemühungen zur Reorganisation der öffentlichen Nahverkehrsleistungen zu einem Abschluss. Bereits bisher sei eine einheitliche Leitung vorhanden gewesen, da der öffentliche Nahverkehr von den betroffenen Bundesministerien konsensual wahrgenommen werde. Der Ministerratsbeschluss zeige zudem, dass die Reorganisation des Bundesbusses als Angelegenheit der gesamten Bundesregierung verstanden werde. Dies zeige sich auch aus der Einrichtung der mittlerweile inaktiven Bundesbusgeschäftsstelle. Die staatlichen Bundesdienste seien seit jeher als Unternehmungen gesehen worden, für die in letzter Konsequenz eine einheitlichen Leitung bestehe. Das BundesbahnG sehe in zentralen unternehmerischen Fragen sogar ein Einvernehmen von BMF und BMWV vor. Umgekehrt habe der BMWV im Rahmen seiner Befugnisse nach dem KraftfahrlinienG maßgeblichen Einfluss auf die gesamte Geschäftstätigkeit der ÖPAG. Im Ergebnis zeige dies, dass die Bundesregierung trotz der Ressortverteilung sehr wohl in der Lage sei, eine einheitliche wirtschaftliche Leitung über ÖBB und ÖPAG auszuüben und dies - wie der

Ministerratsbeschluss vom 14. 05. 2002 zeige - auch tue. Dass für die Tarifgestaltung oder die Beförderungsbedingungen keine gemeinsame Arbeitsgruppe bestehe, sei darauf zurückzuführen, das derartige Entscheidungen äußerst eng durch das Kraftfahrliniengesetz und des ÖPNRV-Gesetz geregelt seien und von den Verkehrsunternehmen Beförderungstarife und Beförderungsbedingungen weitgehend von den Verkehrsverbundorganisationen vorgegeben seien. Die Aufnahme neuer Streckenführungen sei de facto weder für Bahnbus noch Postbus möglich. Eine praktische Zusammenarbeit gäbe es insbesondere im Werkstättenbereich sowie bei der Errichtung gemeinsamer Standorte (Busparkplätze, Garagen etc).

Der Bundeskartellanwalt vertrat die Ansicht, dass unter Bedachtnahme auf das Gemeinschaftsrecht der geplante Vorgang der Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 41 ff KartG unterliege.

Die Bundeswettbewerbsbehörde teilte im wesentlichen die Rechtsansicht der ÖIAG.

Die Bundesarbeitskammer brachte vor, dass es bei einer wirtschaftlichen Betrachtung gute Gründe gäbe, das Vorhaben als interne Reorganisation zu bewerten. Der Beschluss des Ministerrats sei nur bei entsprechendem beherrschenden Einfluss möglich wie er von der Konzernobergesellschaft bei konzerninternen Umstrukturierungen ausgeübt werde.

Die Konkurrenten von Bahn- und Postbus beantragten in dem verbundenen Kartellverfahren ihrerseits die Feststellung, dass die beabsichtigte Übernahme der Österreichischen Postbus AG durch die Österreichischen Bundesbahnen einen Zusammenschluss darstellt. Durch die beabsichtigte Übernahme würde die Situation privater Wettbewerber der ÖBB und der Österreichischen Postbus AG nachhaltig beeinträchtigt. Die ÖBB und die Österreichische Postbus AG arbeiteten operativ völlig selbständig und seien in weiten Bereichen als Wettbewerber tätig. Sie hätten sich nicht nur in Konzessionsverfahren konkurrenziert, sondern auch in den regionalen Verkehrsverbänden wiederstreitende Interessen vertreten, sodass nicht von einer "einheitlichen Leitung" gesprochen werden könne. Der Schienenersatzverkehr sei durch die ÖBB generell an private Busunternehmen und nicht an die Postbus AG vergeben worden. Beim Postbus-Streik im Frühsommer dieses Jahres hätten die ÖBB in keiner Region ausgeholfen, ausgefallene Linien der Postbus AG zu ersetzen. Bei der im Frühjahr 2002 durchgeführten Privatisierung eines Verkehrsunternehmens mit mehr als 300 Autobussen, welches unter anderem die Strecke Wien-Bratislava in Konkurrenz mit den ÖBB bediene, hätten ÖBB und Postbus AG getrennte Angebote abgegeben.

Die Österreichischen Bundesbahnen beantragten, dem Antrag der ÖIAG Folge zu geben sowie, den Antrag der Konkurrenten abzuweisen.

Das Erstgericht wies den Antrag der ÖIAG ab und stellte über Antrag der Konkurrenten fest, dass der Erwerb der Anteilsmehrheit an der Postbus AG durch die ÖBB einen Zusammenschluss nach Art41Abs1Z3KartG darstelle. Es bestehe keine einheitliche Leitung im Sinne des § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG bzw § 115 GmbHG. Der geplante Zusammenschluss könne daher auch nicht als konzerninterne Maßnahme unternehmerischer Reorganisation verstanden werden. Das Konzernprivileg sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anzuwenden.Das Erstgericht wies den Antrag der ÖIAG ab und stellte über Antrag der Konkurrenten fest, dass der Erwerb der Anteilsmehrheit an der Postbus AG durch die ÖBB einen Zusammenschluss nach Art41Abs1Z3KartG darstelle. Es bestehe keine einheitliche Leitung im Sinne des § 41 Abs 3 KartG in Verbindung mit § 15 AktG bzw § 115 GmbHG. Der geplante Zusammenschluss könne daher auch nicht als konzerninterne Maßnahme unternehmerischer Reorganisation verstanden werden. Das Konzernprivileg sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anzuwenden.

Die ÖIAG habe nach § 8 Abs 1 ÖIAG-Gesetz darauf hinzuwirken, dass bei von ihr unmittelbar mehrheitlich gehaltenen Beteiligungen, die zur Herstellung möglichst günstiger Voraussetzungen für die Privatisierung erforderlichen Maßnahmen gesetzt werden. Nur zur Erreichung dieser Ziele könne sie Weisungen erteilen und Richtlinien erlassen.

Nach dem Bundesministeriengesetz falle die ÖIAG in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Finanzen, hingegen gehörten die Österreichischen Bundesbahnen in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie. Betriebszweck der ÖBB sei nach § 1 Abs 3 2. Satz Bundesbahngesetz die Sicherstellung einer modernen und leistungsfähigen Verkehrsbedienung, die den Anforderungen des Marktes und den Interessen der Verkehrspolitik entspreche, einschließlich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen. § 15 AktG und § 115 GmbHG legten in ihren ersten Absätzen fest, was ein Konzern sei. Der jeweilige Abs 2 umschreibe einen Sachverhalt, der als Konzern gelte. Abs 1 erfasst sowohl Unterordnungs- als auch Gleichordnungskonzerne. Abs 2 sei als Konkretisierung des Unterordnungskonzerns aufzufassen.

Abs 1 der gesetzlichen Definition lege den Konzern als Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung fest. Anders als nach dem Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 5 KartG, für den eine Beherrschungsmöglichkeit genüge, setzten § 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG eine tatsächliche "einheitliche Leitung" voraus. Als Konzern werde eine wirtschaftliche Einheit verstanden, die trotz rechtlicher Selbständigkeit ihrer Glieder wirtschaftlich nichts anderes darstellt, als eine Variante des einem einzigen Träger zugeordneten Unternehmens. Eine einheitliche Leitung liege dann vor, wenn die Aktivitäten verschiedener rechtlich selbständiger Unternehmen durch entsprechende Einflussnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert werden, dass dies der möglichen Leitungsstruktur eines einheitlichen Unternehmens entspreche. Auf die zur Koordination der Konzernmitglieder eingesetzten Mittel kommt es nicht an. Auch wenn ein Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen im Sinne des § 15 Abs 2 AktG stehe, liege ein Konzern doch nur vor, wenn ein solcher Einfluss im Sinne einheitlicher Leitung auch ausgeübt werde. Im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse an den am beabsichtigten Zusammenschluss beteiligten Unternehmen seien sowohl die gemeinsame Abhängigkeit wie auch nach § 15 Abs 2 AktG das Vorliegen eines Konzerns zu vermuten, jedoch sei diese Vermutungen widerlegbar.

In den Verkehrsverbünden werde aber die Regelung zwischen Bahn, Postbus und anderen Unternehmen auf Grund autonomer Erklärungen der einzelnen Unternehmen herbeigeführt. Die Erklärungen von Bahn und Postbus seien nicht einheitlich geleitet worden. Die Koordinierung der beiden Busdienste durch eine "Bundesbus-Geschäftsstelle" sei gescheitert. Auch aus den im Ministerrat dargelegten Gründen für das Zusammenschlussvorhaben ergebe sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise derzeit noch keine einheitliche Leitung der beiden Busdienste. Es bestehe keine Leitungsstruktur, die der eines Einheitsunternehmens entspricht. Vielmehr solle diese nach dem Vorhaben der Bundesregierung erst durch die beabsichtigte Zusammenführung der beiden Busdienste geschaffen werden. Auch ein herzustellendes Einvernehmen zwischen Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie stehe dieser Überlegung nicht entgegen, weil dieses nur zentrale Fragen betreffe. In alltäglichen wirtschaftlichen Fragen der Unternehmensführung und des Marktverhaltens könne aber nicht von einer koordinierten Vorgangsweise und einer einheitlichen Leitung im Sinne des Gesetzes ausgegangen werden, da es an der Möglichkeit der gegenseitigen Einflussnahme auf die eigentliche Geschäftsführung fehle, wie sich auch aus dem Rechnungshofbericht aus dem Jahr 1993 ergebe. Schließlich sei nach § 11 Abs 2 ÖIAG-Gesetz 2000, BGBl. I Nr 24/2000, die Bildung eines Konzernverhältnisses zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften ausgeschlossen. Liege aber schon zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften kein Konzernverhältnis vor, so könne dieses - bei Fehlen besonderer Umstände - um so weniger zwischen Beteiligungsgesellschaften der ÖIAG und anderen im Eigentum des Bundes stehenden Unternehmen angenommen werden. Der Wille des Gesetzgebers sei bereits bei der Novellierung des § 2 Abs 1 des ÖIAG-Gesetzes 1986 zum Ausdruck gekommen, wonach der bisherige Auftrag zur Konzernbildung gemäß § 2 Abs 1 ÖIAG-Gesetz in der bisherigen Fassung entfallen sei, sich die Weisungen und Richtlinien nur auf die optimale Vorbereitung von Privatisierungsvorgängen beschränken sollten und es an der umfassenden Beherrschung und der für ein Konzernverhältnis erforderlichen einheitlichen Leitung durch die ÖIAG fehle.

Diese Fragen seien auch nach dem hier nicht anzuwendenden EG-Recht und dem deutschen Recht nicht anders zu lösen. Die Kommission gehe ebenfalls davon aus, dass die Tatsache, dass zwei Unternehmen demselben Staat gehören, nicht unbedingt bedeute, dass sie derselben Gruppe angehörten.

Gegen diesen Beschluss richten sich die Rekurse der ÖIAG als Antragstellerin sowie der ÖBB mit dem Antrag, den Beschluss des Erstgerichts dahin abzuändern, dass dem Antrag der ÖIAG stattgegeben werde; hilfsweise beantragt die ÖBB dem Antrag mit der Einschränkung stattzugeben, dass soweit durch den Anteilerwerb der Bereich des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr betroffen sei, kein Zusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes vorliege.

Die Konkurrenten beantragen, den Rekursen nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Rekurse sind nicht berechtigt.

Die Rekurswerberinnen führen in ihren Rekursen im Wesentlichen aus, dass entgegen der Ansicht des Erstgerichts doch das sogenannte Konzernprivileg des § 41 Abs 3 KartG zur Anwendung gelange und es sich daher nicht um der kartellgerichtlichen Kontrolle unterliegende Zusammenschlüsse handle. Die ÖBB stützt sich auch darauf, dass in dem

Bereich des Personennah- und Regionalverkehrs eine Zusammenschlusskontrolle schon mangels Wettbewerb nicht in Betracht komme.

Zu der begehrten Ergänzung der Feststellungen:

Soweit die Rekurswerberin ÖIAG ergänzende Feststellungen dahin begehrt, dass in dem Schreiben vom 22. 1. 1997 der Generaldirektor der ÖBB vom Bundesminister ersucht wird, mit dem Vorstand der PT-AG für die notwendigen Maßnahmen zu sorgen, so wird dies in der Rekursbeantwortung gar nicht in Abrede gestellt, ergibt sich auch aus dem unstrittigen Schreiben und ist daher zugrundezulegen.

Zur Rechtsrüge:

1. Zu den heranzuziehenden Regelungsbereichen:

Zu den Rechtsrügen ist einleitend festzuhalten, dass hier für die Beurteilung der Frage, ob der Zusammenschluss der Zusammenschlusskontrolle nach §§ 41 ff KartG unterliegt, naturgemäß allein die einschlägigen österreichischen fusionsrechtlichen Bestimmungen maßgeblich sind. Wird doch allgemein davon ausgegangen, dass die europäische und die nationale Fusionskontrolle getrennt sind und im Rahmen der nationalen-österreichischen Fusionskontrolle die teilweise ja auch abweichenden gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrollbestimmungen nicht anzuwenden sind (vgl etwa KOG 9. 12. 1996 16 Ok 6/96 = Wbl 1997,171; Stockenhuber Europäisches Kartellrecht, 164; Wagemann in Wiedemann [Hrsg] Handbuch des Kartellrechts, 476f; vgl zur gemeinschaftsrechtlichen Erforderlichkeit im Wettbewerbsrecht einheitliche Kriterien aufzustellen, die nicht mitgliedstaatsbezogen sind etwa Schröter/Jakob/Meder, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 111). Allerdings hat sich der historische Gesetzgeber teilweise an den Regelungen der Fusionskontrollverordnung orientiert (vgl zum Nachweis für die RV zur KartGNov 1993 Reich-Rohrwig/Zehetner Kartellrecht I, 265). Auch den Regelungen des deutschen GWB bzw des deutschen Aktiengesetzes insbesondere zu den Fragen des Konzernbegriffes kommt natürlich keine unmittelbare Maßgeblichkeit zu (vgl zu den gemeinsamen Wurzeln etwa Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht6, 25 zur teilweise auch unterschiedlichen Entwicklung etwa Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 37 f;). Allerdings kann den Überlegungen der Literatur zu den unter vergleichbaren Aspekten getroffenen Regelungen insoweit Bedeutung zukommen, als davon auszugehen ist, dass auch der österr. Gesetzgeber eine effektive Regelung treffen wollte. Die verschiedenen faktischen Aspekte der Verbundenheit von Unternehmen können aber auch vor dem Hintergrund einer teilweise anderen Rechtslage durchleuchtet werden.Zu den Rechtsrügen ist einleitend festzuhalten, dass hier für die Beurteilung der Frage, ob der Zusammenschluss der Zusammenschlusskontrolle nach §§ 41 ff KartG unterliegt, naturgemäß allein die einschlägigen österreichischen fusionsrechtlichen Bestimmungen maßgeblich sind. Wird doch allgemein davon ausgegangen, dass die europäische und die nationale Fusionskontrolle getrennt sind und im Rahmen der nationalen-österreichischen Fusionskontrolle die teilweise ja auch abweichenden gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrollbestimmungen nicht anzuwenden sind vergleiche etwa KOG 9. 12. 1996 16 Ok 6/96 = Wbl 1997,171; Stockenhuber Europäisches Kartellrecht, 164; Wagemann in Wiedemann [Hrsg] Handbuch des Kartellrechts, 476f; vergleiche zur gemeinschaftsrechtlichen Erforderlichkeit im Wettbewerbsrecht einheitliche Kriterien aufzustellen, die nicht mitgliedstaatsbezogen sind etwa Schröter/Jakob/Meder, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 111). Allerdings hat sich der historische Gesetzgeber teilweise an den Regelungen der Fusionskontrollverordnung orientiert vergleiche zum Nachweis für die RV zur KartGNov 1993 Reich-Rohrwig/Zehetner Kartellrecht römisch eins, 265). Auch den Regelungen des deutschen GWB bzw des deutschen Aktiengesetzes insbesondere zu den Fragen des Konzernbegriffes kommt natürlich keine unmittelbare Maßgeblichkeit zu vergleiche zu den gemeinsamen Wurzeln etwa Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht6, 25 zur teilweise auch unterschiedlichen Entwicklung etwa Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 37 f;). Allerdings kann den Überlegungen der Literatur zu den unter vergleichbaren Aspekten getroffenen Regelungen insoweit Bedeutung zukommen, als davon auszugehen ist, dass auch der österr. Gesetzgeber eine effektive Regelung treffen wollte. Die verschiedenen faktischen Aspekte der Verbundenheit von Unternehmen können aber auch vor dem Hintergrund einer teilweise anderen Rechtslage durchleuchtet werden.

2. Allgemeine Einordnung der Fragestellung:

Der geplante Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der ÖPAG durch die ÖBB erfüllt unstrittig für sich allein betrachtet den Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 KartG (Beteiligungserwerb).

Soweit die ÖBB einwendet, dass im Bereich des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehres ja gar nicht von

einem Markt im Sinne des § 42b KartG gesprochen werden könne, weil er keiner Preisbildung diene, keine substitutionsfähigen Dienstleistungen zur Verfügung stünden und die Fusion auch auf die Beschaffungsmärkte (Busse, Reifen, etc) keine wesentlichen Auswirkungen habe, so ist dem schon entgegenzuhalten, dass es hier ja um die Frage geht, ob überhaupt eine Zusammenschlusstatbestand im Sinne des § 41 KartG vorliegt und nicht, wie dieser nach § 42b KartG zu bewerten ist.Soweit die ÖBB einwendet, dass im Bereich des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehres ja gar nicht von einem Markt im Sinne des Paragraph 42 b, KartG gesprochen werden könne, weil er keiner Preisbildung diene, keine substitutionsfähigen Dienstleistungen zur Verfügung stünden und die Fusion auch auf die Beschaffungsmärkte (Busse, Reifen, etc) keine wesentlichen Auswirkungen habe, so ist dem schon entgegenzuhalten, dass es hier ja um die Frage geht, ob überhaupt eine Zusammenschlusstatbestand im Sinne des §41KartG vorliegt und nicht, wie dieser nach § 42b KartG zu bewerten ist.

Nach § 41 Abs 3 KartG liegt aber dann kein Zusammenschluss vor, wenn alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 AktG 1965, BGBl. Nr 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr 58/1906) angehören. Durch die bestehende Eigentümeridentität stellt sich hier insbesondere die Frage, ob die hier geplante Reorganisation von dieser Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG erfasst ist.

Es ist dabei zu untersuchen,

a. welchen Umfang die Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG im Allgemeinen hat und was unter dem Vorliegen eines Konzerns in diesem Zusammenhang zu verstehen ist,

b. was dies für den Bereich der öffentlichen Hand bedeutet und

c. inwieweit im vorliegenden Fall von einem Konzern im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden kann bzw welche Bedeutung den unmittelbar die „Konzern- bzw Zusammenschlussfrage“ betreffenden (andere sind nicht zu prüfen) Sonderregelungen des ÖIAG-Gesetzes 2000 zukommt.

3. Zum allgemeinen Umfang der Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG:

3.1. Zu den verschiedenen Bedeutungen der „Verbundenheit“ von Unternehmen und zur vorliegenden Judikatur zum Konzernbegriff:

Dabei geht es um die Frage der Auslegung des Konzernbegriffs, den diese Bestimmung zugrundelegt, insbesondere, ob dieser eine tatsächliche “Herrschaftsausübung “ durch eine einheitliche Leitung verlangt oder schon die Möglichkeit dazu ausreicht.

Es ist einleitend zum Verständnis der bisher ergangenen Rechtsprechung und auch der verschiedenen Literaturmeinungen klarzustellen, dass die “Verbundenheit” von Unternehmen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz unter 3 verschiedenen Aspekten eine Rolle spielt.Es ist einleitend zum Verständnis der bisher ergangenen Rechtsprechung und auch der verschiedenen Literaturmeinungen klarzustellen, dass die “Verbundenheit” von Unternehmen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz unter 3 verschiedenen Aspekten eine Rolle spielt.

Die „Verbundenheit“ hat im Rahmen der Beurteilung der Zusammenschlusstatbestände des § 41 Abs 1 und 2 KartG die Aufgabe abzugrenzen, wann durch die jeweiligen Kräfteverschiebungen überhaupt nur abstrakt eine relevante Verschiebung der Marktstruktur eintreten kann. Die Anzahl der potentiell selbständig im Wettbewerb auch gegeneinander agierenden Unternehmen wird eingegrenzt, weil eines der Unternehmen die Selbständigkeit verliert und das andere wirtschaftliche Macht (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³, 254) - was von der Frage von deren Ausübung zu trennen ist - gewinnt (1. Aufgriffsschwelle). Dabei ist auch festzuhalten, dass diese “Untergrenzen” wieder sehr unterschiedlich strukturiert sind, sodass sich etwa das Erfordernis des tatsächlichen Beherrschens durch ein einheitliches Leitungszentrum nach § 41 Abs 1 Z 5 KartG etwa nicht auf den Beteiligungserwerb nach § 41 Abs 1 Z 3 KartG (25 % abstraktes Gefährdungspotential durch gesellschaftsrechtlichen Machterwerb) übertragen lässt (vgl etwa 7. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 = ecolex 2002, 194 [Wollmann] = RZW 2002/31 [Wenger] = Wbl 2002/162 = Öbl 2002/40; OGH 1. 7. 2002 16 Ok 2/02).Die „Verbundenheit“ hat im Rahmen der Beurteilung der Zusammenschlusstatbestände des § 41Abs1und2KartG die Aufgabe abzugrenzen, wann durch die jeweiligen Kräfteverschiebungen überhaupt nur abstrakt eine relevante Verschiebung der Marktstruktur eintreten kann. Die Anzahl der potentiell selbständig im Wettbewerb auch gegeneinander agierenden Unternehmen wird eingegrenzt, weil eines der Unternehmen die Selbständigkeit verliert und das andere wirtschaftliche Macht (Koppensteiner,

Wettbewerbsrecht³, 254) - was von der Frage von deren Ausübung zu trennen ist - gewinnt (1.Aufgriffsschwelle). Dabei ist auch festzuhalten, dass diese “Untergrenzen” wieder sehr unterschiedlich strukturiert sind, sodass sich etwa das Erfordernis des tatsächlichen Beherrschens durch ein einheitliches Leitungszentrum nach § 41 Abs 1 Z5KartG etwa nicht auf den Beteiligungserwerb nach § 41 Abs 1 Z3KartG (25 % abstraktes Gefährdungspotential durch gesellschaftsrechtlichen Machterwerb) übertragen lässt vergleiche etwa 7. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 = ecolex 2002, 194 [Wollmann] = RZW 2002/31 [Wenger] = Wbl 2002/162 = Öbl 2002/40; OGH 1. 7. 2002 16 Ok 2/02).

Im Rahmen der Ausnahme nach § 41 Abs 3 KartG kommt nun der Frage der Verbundenheit wohl eher die Bedeutung zu, jenen Bereich festzulegen, indem eine weitere relevante Einengung des Wettbewerbspotentials zwischen verbundenen Unternehmen ohnehin nicht mehr zu erwarten ist, weil in relevanten Fragen ohnehin keine Selbständigkeit vorhanden ist (2. Obergrenze).

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle kommt der Verbundenheit neben den beiden genannten Aspekten aber auch bei der Bewertung der Bedeutung des Zusammenschlusses Gewicht zu, das entsprechend der Zusammenrechnungsregel des § 2a KartG zu bemessen ist (3. Bewertungsaufgabe; zur marktbezogenen Einschränkung auf die „wirtschaftliche Einheit“ OGH 1. 3. 1999 16 Ok 16/98 = Wbl 1999/197 = ecolex 1999/163 mit Besprechung von Wessely/Wolf ecolex 1999/403, Fusionskontrolle : Von Müttern, Töchtern und Schwestern).

Daher ist vorweg festzuhalten, dass sich aus der von der ÖIAG herangezogenenOGH Entscheidung vom 9. 12. 1996 16 Ok 6/96 (= Wbl 1997,171) zur Frage der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG wenig ableiten lässt. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat zwar damals ausgeführt, dass es für die Zusammenrechnung der Umsatzerlöse keiner einheitlichen Leitung der beteiligten Unternehmen bedürfe, jedoch ging es dabei um die Frage der Auslegung des § 2a KartG und nicht des § 41 Abs 3 KartG (vgl zur Unterscheidung auch OGH 1. 7. 200216 Ok 2/02). Allerdings wurde damals auch festgehalten, dass eine 100%ige Beteiligung regelmäßig eine Beherrschung ermögliche.Daher ist vorweg festzuhalten, dass sich aus der von der ÖIAG herangezogenen OGH Entscheidung vom 9. 12. 1996 16 Ok 6/96 (= Wbl 1997,171) zur Frage der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG wenig ableiten lässt. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat zwar damals ausgeführt, dass es für die Zusammenrechnung der Umsatzerlöse keiner einheitlichen Leitung der beteiligten Unternehmen bedürfe, jedoch ging es dabei um die Frage der Auslegung des §2aKartG und nicht des § 41 Abs 3 KartG vergleiche zur Unterscheidung auch OGH 1. 7. 2002 16 Ok 2/02). Allerdings wurde damals auch festgehalten, dass eine 100%ige Beteiligung regelmäßig eine Beherrschung ermögliche.

Ebenso wenig vermag allein die Entscheidung vom 7. 12. 2001 zu16 Ok 9/01 = ecolex 2002, 194 [Wollmann] = RZW 2002/31 [Wenger] = Wbl 2002/162 = Öbl 2002/40) die Rechtsansicht der ÖIAG zu stützen, da sie ja zur “Untergrenze” der Zusammenschlusskontrolle erging.Ebenso wenig vermag allein die Entscheidung vom 7. 12. 2001 zu16 Ok 9/01 = ecolex 2002, 194 [Wollmann] = RZW 2002/31 [Wenger] = Wbl 2002/162 = Öbl 2002/40) die Rechtsansicht der ÖIAG zu stützen, da sie ja zur “Untergrenze” der Zusammenschlusskontrolle erging.

Der Oberste Gerichtshof hat sich sonst mit dem Konzernbegriff im wesentlichen unter dem Aspekt der Durchgriffshaftung befasst und dabei betont, dass auch die Rechtsform juristischer Personen nicht zur Schädigung Dritter oder Gesetzesumgehung benutzt werden dürfe (vgl RIS Justiz RS0009098 mwN etwa SZ 56/101, zuletzt 7 Ob 272/02d). Dabei muss naturgemäß die tatsächliche Einwirkung zugrundegelegt werden (vgl etwa OGH 12. 4. 2001 8 ObA 98/00w). Bei der Haftung nach § 18 UWG, die allerdings nicht ausdrücklich auf den Konzernbegriff abstellt, sondern auf den „Inhaber eines Unternehmens“, wurde auf die durch die Beteiligungsverhältnisse vermittelte „Beherrschungsmöglichkeit“ abgestellt (vgl RIS Justiz RS0049325 mwN insbes 4 Ob 11/92 = MR 1993, 28). Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der hier maßgeblichen Frage der Abgrenzung der Konzernbegriffs unter dem Aspekt des § 41 Abs 3 KartG ist noch nicht erfolgt.Der Oberste Gerichtshof hat sich sonst mit dem Konzernbegriff im wesentlichen unter dem Aspekt der Durchgriffshaftung befasst und dabei betont, dass auch die Rechtsform juristischer Personen nicht zur Schädigung Dritter oder Gesetzesumgehung benutzt werden dürfe vergleiche RIS Justiz RS0009098 mwN etwa SZ 56/101, zuletzt 7 Ob 272/02d). Dabei muss naturgemäß die tatsächliche Einwirkung zugrundegelegt werden vergleiche etwa OGH 12. 4. 2001 8 ObA 98/00w). Bei der Haftung nach § 18 UWG, die allerdings nicht ausdrücklich auf den Konzernbegriff abstellt, sondern auf den „Inhaber eines Unternehmens“, wurde auf die durch die Beteiligungsverhältnisse vermittelte „Beherrschungsmöglichkeit“ abgestellt vergleiche RIS Justiz RS0049325 mwN insbes 4 Ob 11/92 = MR 1993, 28). Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der hier maßgeblichen Frage der Abgrenzung der Konzernbegriffs unter dem Aspekt des § 41 Abs 3 KartG ist noch nicht erfolgt.

3.2. Kartellrechtliche Regelungen und Lehre:

Um nun auf dieses zentrale Frage näher einzugehen sollen vorweg die maßgeblichen Bestimmungen dargestellt werden.

§ 41 Abs 3 KartG lautet wie folgt:Paragraph 41, Absatz 3, KartG lautet wie folgt:

"(3) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz1965, BGBl Nr 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl Nr 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor."

§ 15 Aktiengesetz hat unter der Überschrift „Wesen des Konzerns und des Konzernunternehmens" folgenden Wortlaut:

„§ 15 (1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken untereinheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

(2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen".

Der Grund für die Ausnahme von der Zusammenschlusskontrolle in § 41 Abs 3 KartG wird einerseits darin gesehen, dass Veränderungen der Machtverhältnisse mit solchen Vorgängen nicht verbunden sind (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³, 255) andererseits aber auch darin, dass es sich ohnehin um eine alsEinheit am Markt agierende Unternehmensgruppe handelt (Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 120). Dazu wird im folgenden noch Stellung zu nehmen sein.

Zur vorliegenden Frage, in welchem Umfang für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 41 Abs 3 KartG auch eine einheitliche Leitung konkret vorhanden sein muss, nehmen Barfuß/Wollmann/Tahedl (Österreichisches Kartellrecht, 120) nicht näher Stellung, setzten aber - wie erwähnt - doch voraus, dass es sich vorher und nachher um eine Unternehmensgruppe handelt, die als Einheit am Markt agiert.

Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3, 255ff), der - wie dargestellt - den Grund für die Ausnahme darin sieht, dass die Machtverhältnisse nicht verändert werden, erachtet den Verweis auf§ 15 AktG (§ 115 GesmbHG) als zu eng gefasst. Bringe ein Unternehmer einen im eigenen Namen geführten Betrieb in eine allein gehaltene Tochtergesellschaft ein, so gebe es zwar davor keinen Konzern, jedoch liege kein Zusammenschluss im Sinne der §§ 42 ff KartG vor, sondern nur eine unternehmerische Reorganisationsmaßnahme. § 41 Abs 3 KartG sei analog anzuwenden.

Gugerbauer (Handbuch der Fusionskontrolle, 31) differenziert und stellt den "Konzernunternehmen" nach § 15 Abs 1 AktG die Unternehmen gegenüber, die durch den beherrschenden Einfluss nach § 15 Abs 2 AktG verbunden sind. Auch geht er davon aus, dass dann, wenn einmal das Erlangen eines beherrschenden Einflusses nach § 41 Abs 1 Z 5 KartG angezeigt bzw angemeldet und dann vollzogen wurde, danach auch bei Vorliegen eines Sachverhaltes, der die Kriterien nach Abs 1 Z 1 bis 4 bzw Abs 2 KartG erfüllt, kein neuerlicher Zusammenschluss vorliege (vgl ebenso Gugerbauer Kommentar zum Kartellrecht2, 296 f).Gugerbauer (Handbuch der Fusionskontrolle, 31) differenziert und stellt den "Konzernunternehmen" nach § 15 Abs 1 AktG die Unternehmen gegenüber, die durch den beherrschenden Einfluss nach Paragraph 15, Absatz 2, AktG verbunden sind. Auch geht er davon aus, dass dann, wenn einmal das Erlangen eines beherrschenden Einflusses nach § 41 Abs 1 Z 5 KartG angezeigt bzw angemeldet und dann vollzogen wurde, danach auch bei Vorliegen eines Sachverhaltes, der die Kriterien nach Abs 1 Z 1 bis 4 bzw Abs 2 KartG erfüllt, kein neuerlicher Zusammenschluss vorliege vergleiche ebenso Gugerbauer Kommentar zum Kartellrecht2, 296 f).

3.3. Zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff:

3.3.1. Allgemeine Überlegungen:

Da § 41 Abs 3 KartG ja unmittelbar auf den „gesellschaftsrechtlichen" Konzernbegriff der § 15 AktG und 115 GesmbHG verweist (vgl zu den anderen "Konzernbegriffen" etwa § 244 HGB, § 110 ArbVG, § 92 BörseG, § 22 Abs 4 Übernahmegesetz oder § 30 BWG), ist auch auf die gesellschaftsrechtliche Diskussion dazu einzugehen.Da § 41 Abs 3 KartG ja unmittelbar auf den „gesellschaftsrechtlichen" Konzernbegriff der § 15 AktG und 115 GesmbHG verweist vergleiche zu den anderen "Konzernbegriffen" etwa § 244 HGB, § 110 ArbVG, § 92 BörseG, § 22 Abs 4 Übernahmegesetz oder § 30 BWG), ist auch auf die gesellschaftsrechtliche Diskussion dazu einzugehen.

I m Aktienrecht nahm der Gesetzgeber schon historisch auf die den Großaktionären durch ihre Stimmrechte zustehenden Einflussnahmemöglichkeiten und die Gefahr des Missbrauches Bedacht und stellte den Gesellschafter- und Gläubigerinteressen auch öffentliche Interessen zur Seite (vgl Kalss/Burger/Eckert aaO, 241 f). Diese Gefahr der Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen durch einen mächtigen Hauptgesellschafter (vgl Kalss/Burger/Eckert aaO, 313) stellt auch noch heute den wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Ausgangspunkt des -regelmäßig als rudimentär bezeichneten- österreichischen Konzernrechts dar (vgl Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser AktG, 135 f; Kastner/Doralt/Nowotny Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts5,32; Reischauer, Weisungen und Richtlinien im Konzern ÖZW 1987, 65 uva). Im Aktiengesetz selbst hat die Beurteilung als Konzernunternehmen im wesentlichen Auswirkungen hinsichtlich der Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (§ 51 AktG - hier allerdings der für die Rechnungslegung maßgebliche Konzernbegriff der §§ 228 Abs 3 iVm 244 Abs 3 HGB), der Kreditgewährung an Organmitglieder und leitende Angestellte (§ 80 AktG), der Bildung und der Aufgaben des Aufsichtsrates (§§ 86 und 95 AktG) den besonderen Zustimmungserfordernissen für den Abschluss von Gewinngemeinschaften (§ 238 AktG) sowie der Rechnungslegung (§ 125 AktG ua;), wobei für die Verpflichtung zum Konzernabschluss wieder eigene Abgrenzungskriterien aufgestellt werden (vgl dazu § 244 ff HGB; vgl zur Entwicklung auch Kastner, Zu den legistischen Aufgaben auf dem Gebiet des österreichischen Gesellschaftsrechts JBl 1990, 545).Im Aktienrecht nahm der Gesetzgeber schon historisch auf die den Großaktionären durch ihre Stimmrechte zustehenden Einflussnahmemöglichkeiten und die Gefahr des Missbrauches Bedacht und stellte den Gesellschafter- und Gläubigerinteressen auch öffentliche Interessen zur Seite vergleiche Kalss/Burger/Eckert aaO, 241 f). Diese Gefahr der Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen durch einen mächtigen Hauptgesellschafter vergleiche Kalss/Burger/Eckert aaO, 313) stellt auch noch heute den wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Ausgangspunkt des -regelmäßig als rudimentär bezeichneten- österreichischen Konzernrechts dar vergleiche Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser AktG, 135 f; Kastner/Doralt/Nowotny Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts5,32; Reischauer, Weisungen und Richtlinien im Konzern ÖZW 1987, 65 uva). Im Aktiengesetz selbst hat die Beurteilung als Konzernunternehmen im wesentlichen Auswirkungen hinsichtlich der Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Paragraph 51, AktG - hier allerdings der für die Rechnungslegung maßgebliche Konzernbegriff der §§ 228 Abs 3 iVm 244 Abs 3 HGB), der Kreditgewährung an Organmitglieder und leitende Angestellte (§ 80 AktG), der Bildung und der Aufgaben des Aufsichtsrates (§§ 86 und 95 AktG) den besonderen Zustimmungserfordernissen für den Abschluss von Gewinngemeinschaften (Paragraph 238, AktG) sowie der Rechnungslegung (§ 125 AktG ua;), wobei für die Verpflichtung zum Konzernabschluss wieder eigene Abgrenzungskriterien aufgestellt werden vergleiche dazu § 244 ff HGB; vergleiche zur Entwicklung auch Kastner, Zu den legistischen Aufgaben auf dem Gebiet des österreichischen Gesellschaftsrechts JBl 1990, 545).

3.3.2. Österreichische Lehre und Schrifttum:

Auch die gesellschaftsrechtliche Lehre zum österreichischen Konzernbegriff des § 15 AktG bzw 115 GesmbHG ist, was die Frage des Erfordernisses der tatsächlichen Ausübung der Leitungsmacht anlangt, nicht einheitlich.

Fasst man einige Stimmen aus der Diskussion der letzten 2 Jahrzehnte zusammen, so ergibt sich folgender Eindruck:

Reich-Rohrwig (Das österreichische GmbH-Recht 1983, 818 f) fasst als Merkmale des Konzernbegriffs ebenfalls die einheitliche Leitung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken zusammen. Er hält dann aber fest, dass nach § 115 Abs 2 GesmbHG herrschende und abhängige Unternehmen “stets” als Unterordnungskonzern gelten, und zwar jedes einzeln. Im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Frage der Weisungsgebundenheit von Vorstandsmitgliedern (Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden? ecolex 1990, 285) setzt er sich mit Abgrenzungsfragen des Konzernbegriffs nicht näher auseinander, legt aber zur Feststellung von deren Grenzen naturgemäß die faktische Ausübung einer Leitungsmacht zugrunde.Reich-Rohrwig (Das österreichische GmbH-Recht 1983, 818 f) fasst als Merkmale des Konzernbegriffs ebenfalls die einheitliche Leitung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken zusammen. Er hält dann aber fest, dass nach § 115 Abs 2 GesmbHG herrschende und abhängige Unternehmen “stets” als Unterordnungskonzern gelten, und zwar jedes einzeln. Im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Frage der Weisungsgebundenheit von Vorstandsmitgliedern (Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden? ecolex 1990, 285) setzt er sich mit Abgrenzungsfragen des Konzernbegriffs nicht näher auseinander, legt aber zur Feststellung von deren Grenzen naturgemäß die faktische Ausübung einer Leitungsmacht zugrunde.

Gruber (Der Konzernbegriff in Doralt [Hrsg] Deutsches Konzernrecht 1985) stellt vor allem die schon widersprüchliche

ältere Lehre dar.

Gröhs (Der Gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff RdW 1987, 250) kommt nach einer Analyse der an den "Konzernbegriff" anknüpfenden Bestimmungen zu dem Schluss, dass diesen zum einen Teil eine Beziehung zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen, zum anderen Teil eine "Konzern-Beziehung" schlechthin zugrunde liege. Es sei zwischen den beiden Tatbeständen des § 15 AktG zu unterscheiden. Während für bestimmte Regelungen schon das Vorliegen einer Abhängigkeit genüge, hätten andere - auch - das Vorliegen einer einheitlichen Leitung zur Voraussetzung. Es stünden jedenfalls das herrschende und das abhängige Unternehmen in einem Konzernverhältnis, d i e abhängigen Unternehmen untereinander aber nur, wenn eine einheitliche Leitung vorliege.Gröhs (Der Gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff RdW 1987, 250) kommt nach einer Analyse der an den "Konzernbegriff" anknüpfenden Bestimmungen zu dem Schluss, dass diesen zum einen Teil eine Beziehung zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen, zum anderen Teil eine "Konzern-Beziehung" schlechthin zugrunde liege. Es sei zwischen den beiden Tatbeständen des § 15 AktG zu unterscheiden. Während für bestimmte Regelungen schon das Vorliegen einer Abhängigkeit genüge, hätten andere - auch - das Vorliegen einer einheitlichen Leitung zur Voraussetzung. Es stünden jedenfalls das herrschende und das abhängige Unternehmen in einem Konzernverhältnis, die abhängigen Unternehmen untereinander aber nur, wenn eine einheitliche Leitung vorliege.

Reischauer (aaO 1987) tritt eher für eineweite Auslegung des Konzernbegriffes ein, der eine grundsätzliche Abstimmung der Geschäftspolitik und -führung umfassen müsse.

Krejci (Partnerschaft, Verein, Konzern GA zum 10 JT1988, 244 ff) betont, dass sich die richtigen Konturen des Konzerntatbestandes erst aus dem sich aus den Rechtsfolgeanordnungen erschließbaren Zweck ergeben würden, diese jedoch unterschiedlich wären. Was nun die Frage der "einheitlichen Leitung" als Voraussetzungen des Vorliegens eines Konzerns anlange, sei davon auszugehen, dass zwischen § 15 Abs 1 AktG und dem Abs 2 dieser Bestimmung ein Unterschied bestehe. Das Gesetz knüpfe in unterschiedlicher Weise an die beiden Tatbestände an. § 15 Abs 2 AktG bringe nur zum Ausdruck, dass die Beherrschung im Regelfall auch zu einer einheitlichen Leitung führ

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at