

kontrollverordnung“), ABl L 24 vom 29.1.2004, S 1. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Austria Asphalt GmbH & Co. OG (im Folgenden: Austria Asphalt) und dem Bundeskartellanwalt über einen behaupteten Zusammenschluss.

Austria Asphalt ist eine indirekte Tochtergesellschaft der Strabag SE. Die Strabag-Gruppe, zu der diese Gesellschaften gehören, ist ein internationaler Baukonzern, der ua im Straßenbau tätig ist. Die Porr AG, die ebenfalls zu einem internationalen, im Straßenbau tätigen Baukonzern gehört, hält das gesamte Kapital der Teerag Asdag AG. Diese ist Alleineigentümerin der Asphaltmischanlage Mürzzuschlag (im Folgenden: Zielunternehmen), die den für den Straßenbau benötigten Asphalt herstellt. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass der überwiegende Teil der Produktion dieses Unternehmens für die Porr-Gruppe bestimmt ist, sodass es nicht als Vollfunktionsunternehmen qualifiziert werden kann.

Austria Asphalt und Teerag Asdag beabsichtigen die Gründung einer Gesellschaft nach österreichischem Recht, die das Zielunternehmen erwerben soll. Austria Asphalt soll 50 % des Kapitals dieser Gesellschaft halten und gemeinsam mit Teerag Asdag die Kontrolle über das Zielunternehmen ausüben. Folglich wird Teerag Asdag vom Zeitpunkt dieses Vorgangs an nicht mehr die ausschließliche Kontrolle über das Zielunternehmen ausüben, sondern eine gemeinsame Kontrolle mit Austria Asphalt. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts kann auch das aus diesem Vorgang hervorgehende Gemeinschaftsunternehmen nicht als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden, da der überwiegende Teil seiner Produktion für die Unternehmen der beiden Konzerne, die es kontrollieren, bestimmt ist.

Austria Asphalt meldete das Zusammenschlussvorhaben am 3.8.2015 bei der Bundeswettbewerbsbehörde an. Der Bundeskartellanwalt stellte gemäß den nationalen Verfahrensvorschriften einen Prüfungsantrag beim Kartellgericht (Österreich). Dieses war im Wesentlichen der Auffassung, dass der beabsichtigte Vorgang einen Zusammenschluss iSv Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung (EG) Nr 139/2004 darstelle und – da die übrigen Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllt seien – nicht anhand des österreichischen Rechts geprüft werden könne. Es erklärte sich daher für unzuständig und wies den Prüfungsantrag mit Beschluss vom 6.10.2015 zurück. Austria Asphalt hat diesen Beschluss beim OGH (Österreich) angefochten und macht geltend, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nach Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 nur dann einen Zusammenschluss bewirke, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfülle, dh, wenn es sich um ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen handele. Dies sei hier nicht der Fall, sodass die Verordnung keine Anwendung finde.

Das vorlegende Gericht hat zunächst festgestellt, dass keine Rspr vorliege, die den Inhalt des in Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 enthaltenen Ausdrucks „Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens“ präzisiere oder das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und Art 3 Abs 1 der Verordnung erläutere, der allgemein die Kriterien definiere, bei deren Vorliegen – abgesehen von den Fällen, in denen zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionierten – ein Zusammenschluss bewirkt werde. Des Weiteren ergebe sich weder aus der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr 139/2004, ABl C 95 vom 16.4.2008, S 1, berichtigt im ABl C 43 vom 21.2.2009, S 10, noch aus der Entscheidungspraxis der Kommission eine eindeutige Auslegung dieser Bestimmungen. Schließlich würden auch in der Lehre unterschiedliche Auffassungen vertreten.

► Vor diesem Hintergrund hat der OGH beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: Sind Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 dahin auszulegen, dass im Falle des Wechsels von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle an einem bestehenden Unternehmen, wobei das vormals allein kontrollierende Unternehmen weiterhin mitkontrollierend beteiligt bleibt, nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen Einheit aufweist?

Fusionskontrolle

EuGH zum Begriff des Zusammenschlusses: Gemeinschaftsunternehmen

Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004

Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 ist dahin auszulegen, dass infolge einer Änderung der Art der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn das daraus hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

EuGH 7.9.2017, Rs C-248/16, Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt (Vorabentscheidungsersuchen des OGH)

Das Vorabentscheidungsersuchen des OGH betrifft die Auslegung von Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusions-

Aus dem Urteil des EuGH:

...

15. Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 dahin auszulegen ist, dass infolge einer Änderung der Art der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn das daraus hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

16. Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass nach Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung ein Zusammenschluss ua dadurch bewirkt wird, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass ein oder mehrere Unternehmen die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.

17. Nach Art 3 Abs 4 der Verordnung stellt jedoch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nur dann einen Zusammenschluss iSv Art 3 Abs 1 lit b dar, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

18. Somit lässt sich dem Wortlaut von Art 3 der Verordnung für sich genommen nicht entnehmen, ob ein Zusammenschluss iS dieser Vorschrift durch einen Vorgang bewirkt wird, der zu einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen führt, wenn das daraus hervorgehende Gemeinschaftsunternehmen nicht alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

19. Ein solcher Vorgang impliziert nämlich zum einen eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle über das Unternehmen, das Gegenstand dieses Vorgangs ist, und erfüllt damit eines der in Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung vorgesehenen Kriterien. Zum anderen führt er zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und fällt daher unter Art 3 Abs 4, sodass ein Zusammenschluss nur bewirkt wäre, wenn dieses Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

20. Ermöglicht die Auslegung des Wortlauts einer Bestimmung des Unionsrechts nicht die Beurteilung ihrer genauen Bedeutung, ist bei der Auslegung der betreffenden Regelung sowohl auf ihre Zielsetzung als auch auf ihre Systematik abzustellen (vgl idS EuGH 31.3.1998, verb Rs C-68/94 und C-30/95, *Frankreich ua/Kommission*, Rn 168; 7.4.2016, Rs C-315/14, *Marchon Germany*, Rn 28 und 29).

21. Zu den Zielsetzungen der Verordnung (EG) Nr 139/2004 ergibt sich aus ihren Erwägungsgründen 5, 6 und 8, dass mit ihr gewährleistet werden soll, dass Umstrukturierungen von Unternehmen keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen. Das Unionsrecht muss nach diesen Erwägungsgründen deshalb für Zusammenschlüsse, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen, Vorschriften enthalten, die eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf

die Wettbewerbsstruktur in der Union ermöglichen. Daher sollte die Verordnung für bedeutsame Strukturveränderungen gelten, deren Auswirkungen auf den Markt die Grenzen eines Mitgliedstaats überschreiten.

22. Wie aus dem 20. Erwägungsgrund der Verordnung hervorgeht, ist der Begriff des Zusammenschlusses so zu definieren, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen. Auch alle Gemeinschaftsunternehmen sollten daher in den Anwendungsbereich der Verordnung einbezogen werden, wenn sie auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen.

23. Wie die Generalanwältin in Rn 28 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, unterscheidet die Verordnung (EG) Nr 139/2004 dabei in ihren Erwägungsgründen nicht danach, ob das betreffende Unternehmen durch den betrachteten Vorgang neu gegründet wurde oder ob es sich um ein bereits bestehendes und bisher unter der alleinigen Kontrolle eines einzigen Konzerns stehendes Unternehmen handelt, das nunmehr in die gemeinsame Kontrolle mehrerer Unternehmen übergeht.

24. Dass keine derartige Unterscheidung getroffen wird, ist voll und ganz dadurch gerechtfertigt, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwar von der Kommission im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Marktstruktur kontrolliert werden muss, der Eintritt solcher Auswirkungen aber vom tatsächlichen Auftreten eines solchen Gemeinschaftsunternehmens auf dem Markt, dh eines Unternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, abhängt.

25. Somit erfasst Art 3 der Verordnung Gemeinschaftsunternehmen nur, soweit sich ihre Gründung dauerhaft auf die Marktstruktur auswirkt.

26. Diese Auslegung wird durch Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung gestützt, der als entscheidendes Merkmal des Begriffs des Zusammenschlusses nicht auf die Gründung eines Unternehmens abstellt, sondern auf die Änderung der Kontrolle über ein Unternehmen.

27. Eine gegenteilige Auslegung von Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004, wie sie ua von der Kommission befürwortet wird, würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den infolge des betreffenden Vorgangs neu gegründeten Unternehmen, die nur dann unter den Begriff des Zusammenschlusses fielen, wenn sie auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllten, und zuvor bereits bestehenden Unternehmen führen, die unabhängig davon, ob sie nach dem betreffenden Vorgang auf Dauer diese Funktionen erfüllten, unter diesen Begriff fielen.

28. Daraus folgt, dass Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 in Anbetracht der mit ihr verfolgten Ziele dahin auszulegen ist, dass er sich auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bezieht, dh auf einen Vorgang, der dazu führt, dass ein von mindestens zwei anderen Unternehmen gemeinsam kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt auftritt, ohne dass es darauf ankommt, ob es das neu gemeinsam kontrollierte Unternehmen vor diesem Vorgang gab.

29. Diese Auslegung von Art 3 steht auch im Einklang mit der Systematik der Verordnung (EG) Nr 139/2004.

30. Zwar findet die mit der Verordnung (EG) Nr 139/2004 eingeführte präventive Kontrolle von Zusammenschlüssen nach ihrem 6. Erwägungsgrund Anwendung auf Zusammenschlüsse, die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Union haben, doch ergibt sich daraus keineswegs, dass jedes Verhalten von Unternehmen, das keine solchen Auswirkungen hat, der Kontrolle durch die Kommission oder die für Wettbewerbsfragen zuständigen nationalen Behörden entzogen ist.

31. Die Verordnung (EG) Nr 139/2004 gehört – ebenso wie insb die Verordnung (EG) Nr 1/2003 – zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften, die zur Umsetzung der Art 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird.

32. Wie sich aus Art 21 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 ergibt, gilt sie allein für Zusammenschlüsse iS ihres Art 3, für die die Verordnung (EG) Nr 1/2003 grundsätzlich nicht gilt.

33. Die letztgenannte Verordnung bleibt jedoch auf Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die zwar keinen Zusammenschluss iSd Verordnung (EG) Nr 139/2004 darstellen, aber gleichwohl zu einer gegen Art 101 AEUV verstoßenden Koordinierung zwischen ihnen führen können und aus diesem Grund der Kontrolle durch die Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden unterliegen.

34. Daher steht die von der Kommission vertretene Auslegung von Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004, wonach ein Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über ein Unternehmen auch dann unter den Begriff des Zusammenschlusses fällt, wenn dieses Gemeinschaftsunternehmen nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, nicht mit Art 21 Abs 1 der Verordnung im Einklang. Eine solche Auslegung würde nämlich dazu führen, dass die in der Verordnung vorgesehene präventive Kontrolle auf Vorgänge erstreckt würde, die keine Auswirkungen auf die Struktur des betreffenden Marktes haben können, und dass der Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr 1/2003 entsprechend reduziert würde. Sie wäre dann auf solche Vorgänge nicht mehr anwendbar, auch wenn diese eine Koordinierung zwischen Unternehmen iSv Art 101 AEUV bewirken können.

35. Nach alledem ist auf die Frage zu antworten, dass Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 dahin auszulegen ist, dass infolge einer Änderung der Art der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle nur dann ein Zusammenschluss bewirkt wird, wenn das daraus hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

Anmerkung:

1. Einleitung

Mit der vorliegenden Vorabentscheidung des EuGH wird eine ganz wesentliche Frage der EU-Fusionskontrolle geklärt. Welche

Bedeutung kommt der Regelung des Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 („Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar.“) zu? Nach Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung (EG) Nr 139/2004, auf den in dieser Regelung Bezug genommen wird, wird ein Zusammenschluss dadurch bewirkt, „dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.“ (Hervorhebungen nicht im Original).

2. Legistische Schwächen und ihre Folgen: Fragen über Fragen

2.1. Vorbemerkung

Die Lehre und die Rechtsberatungspraxis hatten bislang mit Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 ihre große Not. Im gegenständlichen Verfahren nahm sich jetzt die Rspr (Vorabentscheidungsersuchen durch OGH 31.3.2016, 16 Ok 1/16g, ÖBl 2016/46 [Hoffer]; dazu auch J. P. Gruber, Zur Geltung der FKVO, ÖZK 2016, 112; Auer, Zum Verhältnis von Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 FKVO, WBl 2016, 750) eines wesentlichen Problems an: Welche Bedeutung kommt Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 zu? Hat Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004, der seinem Wortlaut nach nur die Gründung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen anspricht, bloß klarstellende, erweiternde oder einschränkende Bedeutung?

2.2. Abgrenzung Vollfunktions- und Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Unstrittig erfasst Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 nur Vollfunktions-, nicht aber auch bloße Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, wobei freilich in der Praxis die faktische Abgrenzung Probleme bereiten kann, ua da – nach Ansicht der Europäischen Kommission – auf die künftige Verwendung des Gemeinschaftsunternehmens abzustellen ist (Hoffer, ÖBl 2016, 194). Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit und ist unmittelbar am Markt tätig. Dagegen erfüllt ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen nicht alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit und es verfolgt auch keine eigenen, von den Gründern unabhängigen Interessen am Markt (siehe etwa Zehetner in Haberer/Krejci, Konzernrecht [2016] Rz 19.70, 19.83 ff und 19.90 ff). Im gegenständlichen Fall war der überwiegende Teil der Produktion der Asphaltmischanlage zunächst für die Porr-Gruppe, nach dem Einstieg der Strabag-Gruppe für die Porr- und Strabag-Gruppe bestimmt (siehe Rn 8 des EuGH-Urteils). Das durch den Einstieg entstandene Gemeinschaftsunternehmen wurde daher vor und nach dem Einstieg als Teilfunktionsunternehmen qualifiziert.

2.3. „Gründung“ eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens

Was aber ist unter einer „Gründung“ eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zu verstehen? Sind davon nur originäre Neugründungen (*greenfield operations*) oder aber auch der Einstieg in ein Unternehmen, das dadurch zu einem Gemeinschaftsunternehmen wird, zu verstehen? Mit anderen Worten: Ist der Begriff der Gründung enger oder weiter auszulegen? Und bedeutet die Regelung, dass die Gründung eines Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens oder der Einstieg in ein solches niemals von der Verordnung (EG) Nr 139/2004 erfasst sind oder sind diese Fälle zwar nicht von Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004, wohl aber von Art 3 Abs 1 lit b der Verordnung (EG) Nr 139/2004 erfasst? Mit anderen Worten: Schränkt Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 deren Anwendungsbereich ein, weitet er ihn aus oder stellt er nur Selbstverständliches klar?

2.4. Sind Teilfunktionsunternehmen überhaupt „Unternehmen“ im Sinne der Verordnung (EG) Nr 139/2004?

Mehr noch: Sind Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen überhaupt „Unternehmen“ iSd Verordnung (EG) Nr 139/2004 oder – da sie (im Wesentlichen) nicht am Markt tätig sind – eben gerade nicht (vgl. J. P. Gruber, ÖZK 2016, 113 f)? Mit anderen Worten: Ist der Begriff „Vollfunktionsunternehmen“ nur eine klarstellende Umschreibung des Begriffs „Unternehmen“ oder ist der Begriff „Unternehmen“ ein Überbegriff für Vollfunktions- und Teilfunktionsunternehmen?

2.5. Legistische Schwächen

Diese Fragen wurden bislang, soweit sie erkannt wurden, in der Lehre, aber auch von der Europäischen Kommission selbst uneinheitlich behandelt (siehe etwa *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, Austria Asphalt: Eine richtungweisende Entscheidung zur EU-Fusionskontrolle, *ecolex* 2017, 1087 [1088], *mWN* zur Kommissionspraxis). Schuld daran sind erhebliche legistische Schwächen (zur Kritik an der Logistik siehe auch *J. P. Gruber*, ÖZK 2016, 114).

3. Hinweis auf abweichende Judikatur zu § 7 Abs 2 KartG 2005

In Österreich wird zum vergleichbaren, weil Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 nachempfundenen § 7 Abs 2 KartG 2005 („Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.“) judiziert, dass der Einstieg in ein bestehendes Vollfunktionsunternehmen, das dadurch zu einem Gemeinschaftsunternehmen wird, nicht unter § 7 Abs 2 KartG 2005 („Gründung“) fällt, sondern nach Abs 1 *leg cit* zu behandeln ist. Der Begriff „Gründung“ wird hier also eng ausgelegt. Für den OGH kommt es auch auf die Frage „Vollfunktions- oder Teilfunktionseigenschaft des dadurch entstehendes Gemeinschaftsunternehmens?“ nicht an (OGH 27.1.2014, 16 Ok 11/13; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht³ [2017] 41). Der OGH sieht somit nur originäre Neugründungen von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen als von § 7 Abs 2 KartG 2005 erfasst an. Mit anderen Worten: Der Einstieg in ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, aber auch die Gründung oder der Einstieg in ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen wären nach § 7 Abs 1 KartG 2005 zu prüfen (*Gugerbauer*, KartG und WettbG³ [2017] § 7 KartG Rz 44). Dies mutet etwas eigenartig an, ist aber zum Teil dem (im Vergleich zur Verordnung [EG] Nr 139/2004) sehr weiten österreichischen Zusammenschlussbegriff des § 7 Abs 1 KartG 2005 geschuldet.

4. Antwort des EuGH

Der EuGH gibt nunmehr – im Anschluss an die Schlussanträge von Generalanwältin *Kokott* – folgende Antwort:

Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 erfasst sowohl die originäre Neugründung als auch den Beitritt zu einem Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (der Begriff „Gründung“ ist also weit auszulegen; aA *Auer*, *WBl* 2016, 750). Dagegen erfasst die Verordnung (EG) Nr 139/2004 weder die originäre Neugründung noch den Einstieg in ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen. Oder noch klarer zusammengefasst: Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr 139/2004 (aA im Ausgangsfall OLG Wien 6.10.2015, 29 Kt 48/15, das daher den Prüfungsantrag mangels Zuständigkeit zurückwies; vgl. *Hoffer*, *ÖBl* 2016, 194; *Auer*, *WBl* 2016, 750).

5. Auswirkungen auf die Judikatur zu § 7 Abs 2 KartG 2005?

Auf nationaler österreichischer Ebene sind Zusammenschlüsse nach § 7 KartG 2005 zu beurteilen. Nach § 7 Abs 2 KartG 2005 gilt als Zusammenschluss die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Auch hier ist daher vom Wortlaut der Bestimmung nur die Gründung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfasst. Die österreichische Rspr legt den Begriff „Gründung“ – anders als nunmehr der EuGH – eng aus und wendet § 7 Abs 2 KartG 2005 nur auf originäre Neugründungen von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen an (vgl. OGH 27.1.2014, 16 Ok 11/13; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² [2016] § 7 Rz 96; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht³, 41; *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, *ecolex* 2017, 1089). Der Beitritt zu bereits bestehenden Unternehmen fällt nach der Rspr des OGH dagegen in den Anwendungsbereich des § 7 Abs 1 KartG 2005 (*Hoffer/Barbist*, Kartellrecht³, 41; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG², § 7 Rz 95). Die Tatbestände des § 7 Abs 1 KartG 2005 verlangen stets die Einflussnahme auf ein bereits bestehendes Unternehmen (wie etwa durch Erwerb von Anteilen oder personelle Verflechtungen; vgl. *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG², § 7 Rz 97). Ob Vollfunktionseigenschaft gegeben ist, spielt – nach der bisherigen österreichischen Rspr – beim Beitritt in ein bestehendes Unternehmen keine Rolle (*Hoffer/Barbist*, Kartellrecht³, 41; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG², § 7 Rz 98). Demnach erfasst § 7 Abs 1 KartG 2005 die originäre Neugründung von und den Beitritt zu Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen sowie den Beitritt zu Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob bzw wie sich das gegenständliche EuGH-Urteil auf die künftige Lehre und Judikatur zu § 7 Abs 2 KartG 2005 auswirken wird. Zwar besteht keine Verpflichtung dazu, die nationale Bestimmung des § 7 Abs 2 KartG 2005 gleichlautend zu Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 auszulegen und hierzu die Rspr des EuGH heranzuziehen. Nach der Judikatur des OGH ist aber im Hinblick auf die nahezu wortgleiche Nachbildung beider Bestimmungen anerkannt, dass die Literatur und Judikatur zu Art 3 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herangezogen werden können (OGH 15.12.1998, 16 Ok 15/98; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG², § 7 Rz 86; *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, *ecolex* 2017, 1089). Da nach der bisherigen Rspr des OGH § 7 Abs 2 KartG 2005 eng ausgelegt wird, bleibt abzuwarten, wie sich das neue EuGH-Urteil auf den Anwendungsbereich des § 7 Abs 2 KartG 2005 auswirken wird. Vieles (insb die Vorbildfunktion der Verordnung [EG] Nr 139/2004 bei der Formulierung des § 7 Abs 2 KartG 2005) spricht dafür, die Überlegungen des EuGH zu Art 3 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 auch auf § 7 KartG 2005 zu übertragen. Dabei ist aber zu bedenken, dass der Zusammenschlussbegriff des § 7 KartG 2005 deutlich weiter ist als jener der Verordnung (EG) Nr 139/2004 und mitunter (§ 7 Abs 1 Z 3 KartG 2005) auch keine Beherrschungsmöglichkeit voraussetzt (vgl. *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, *ecolex* 2017, 1089).

Jörg Zehetner

Hon.-Prof. DDr. Jörg Zehetner ist Rechtsanwalt in Wien.