

**Standpunkt zu
Fragen der Anwendbarkeit des
kartellrechtlichen
Konzernprivilegs**

 **Bundeswettbewerbsbehörde**

Mai 2020

Standpunkt zu Fragen der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Konzernprivilegs

Das Kartellverbot (Art 101 AEUV, § 1 KartG) schützt den Wettbewerb zwischen selbständigen Unternehmen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass das Kartellverbot nicht anwendbar ist, wenn es den an einer Vereinbarung/Verhaltensabstimmung beteiligten Unternehmen an der notwendigen Autonomie fehlt, ihr Marktverhalten unabhängig voneinander zu bestimmen und sie somit von vornherein nicht in Wettbewerb zueinander treten können.

Nicht immer ist auf den ersten Blick ersichtlich, ob dieses Kriterium der Selbständigkeit erfüllt ist. Dies liegt zum einen am spezifisch kartellrechtlichen Unternehmensbegriff, zum anderen daran, dass nach den fusionskontrollrechtlichen Regelungen aufgrund ihrer präventiven Stoßrichtung, die Annahme der Verbundenheit von Unternehmen mitunter bereits unterhalb der Schwelle des kartellrechtlichen Konzernbegriffs eingreift (vgl §§ 21 und 22 iVm § 7 KartG).

Insbesondere an der Schnittstelle zwischen dem fusionskontrollrechtlichen Kontrollbegriff (alleinig oder gemeinsam, positiv oder negativ) und dem iZm dem kartellrechtlichen Konzernprivileg auftauchenden Begriff des „bestimmenden Einflusses“ können sich im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen ergeben. So ist aus der Judikatur¹ abzuleiten, dass nicht jede Form von (Mit-)Kontrolle automatisch bestimmenden Einfluss vermittelt, umgekehrt bestimmender Einfluss ohne Mittel der Kontrolle wohl kaum denkbar erscheint.

Davon zu unterscheiden sind weiters jene Marktwirkungen, die sich wesensnotwendig aus den durch den Zusammenschluss bewirkten Strukturänderungen ergeben. Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse ergeben, sind als Nebenabreden von der Freistellungswirkung einer Fusionskontrollentscheidung erfasst. Dies gilt allerdings nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen dessen, was zur Ausübung der effektiven Wahrnehmung dieser Rechte notwendig ist.

An die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) wurden zuletzt Fragestellungen idZ herangetragen. Der vorliegende Standpunkt soll daher iS der Prävention die Aufmerksamkeit auf die in diesem Kontext zu beachtenden Fragestellungen lenken. Er dient insofern der Information und soll die Einhaltung der Kartellrechtsvorschriften erleichtern.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass hier lediglich die Rechtsauffassung der BWB wiedergegeben wird, und der Standpunkt daher keine Bindungswirkung gegenüber österreichischen und europäischen Behörden und Gerichten, insbesondere dem Kartellgericht (KG) bzw Kartellobergericht (KOG), dem EuGH, der Europäischen Kommission oder der Amtspartei Bundeskartellanwalt entfaltet.

¹ Vgl jüngst OGH vom 19.12.2019, 6 Ob 105/19p.

Das kartellrechtliche Konzernprivileg

Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die aus kartellrechtlicher Sicht eine wirtschaftliche Einheit bilden, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 1 KartG und des Art 101 AEUV. Dem liegt die grundlegende Einsicht zugrunde, dass Wettbewerb nur dort beschränkt werden kann, wo überhaupt ein Wettbewerbsverhältnis denkbar ist. Daher ist die Definition des Unternehmens- und des Konzernbegriffes im kartellrechtlichen Sinn für die Beurteilung von Verhaltensweisen nach den Vorschriften des Kartellrechts wesentlich.

Der Konzernbegriff weist aus kartellrechtlicher Sicht zwei Dimensionen auf. Unter dem kartellrechtlichen Konzernprivileg wird die Freistellung von ansonsten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vom Kartellverbot verstanden. Umgekehrt kann es unter konzernmäßig verbundenen Unternehmen zu einer Verhaltenszurechnung und Haftung in Bezug auf Geldbußen für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen kommen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass – obwohl diese beiden Aspekte einen gewissen inneren Zusammenhang aufweisen – die Frage des bestimmenden Einflusses insbesondere in der Rsp der Unionsgerichte stark einzelfallbezogen und im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand betrachtet wurde. Die Mehrheit der in der Judikatur entschiedenen Fälle behandelte die Frage des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit zum Zwecke der Zurechnung wettbewerbswidrigen Verhaltens einer Tochtergesellschaft zu einer oder mehreren Muttergesellschaften.

Demgegenüber beziehen sich nachstehende Ausführungen primär auf das kartellrechtliche Konzernprivileg hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots auf ansonsten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.

1. Konzernbegriff

Der Begriff des Konzerns ist weder in Art 101 Abs 1 AEUV noch in § 1 KartG definiert. Vor diesem Hintergrund können die gesellschaftsrechtlichen Konzerndefinitionen des § 15 AktG und des § 115 GmbHG teilweise auch Anhaltspunkte für eine mögliche Definition des Konzerns im Kartellrecht bieten. So verweist § 7 Abs 4 KartG explizit auf die genannten Bestimmungen. Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern an, so liegt kein Zusammenschluss vor.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Regelungen des Gesellschaftsrechts grundsätzlich die Vermögensrechte der Beteiligten und die Interessen der Öffentlichkeit an der Publizität

sichern wollen, während das Kartellverbot die Unabhängigkeit der Unternehmensplanung im Wettbewerb gewährleisten soll.

Daher ist bei der Übertragung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze hinsichtlich des Konzernbegriffs auf das Kartellrecht besondere Sorgfalt und eine starke Berücksichtigung der besonderen Schutz- und Regelungszwecke des Kartellrechts geboten. In der „Postbus“ Entscheidung² hat sich das KOG ausführlich mit den Unterschieden und Überschneidungen des kartellrechtlichen und des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs auseinandergesetzt. Zum Konzernbegriff im Verhältnis von Kartellaufsicht und Zusammenschlusskontrolle ist daraus mitzunehmen: Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle ist die Erhaltung einer Marktstruktur mit einer möglichst großen Anzahl selbständiger Marktteilnehmer und des daraus resultierenden Potentials zum Wettbewerb. Dort, wo infolge fehlender Selbständigkeit der Beteiligten kein Wettbewerbspotential gegeben ist, bedarf es keiner Fusionskontrolle. Inwieweit selbständige Unternehmen nun tatsächlich miteinander konkurrieren oder sich durch Absprachen verbinden, ist hingegen eine Frage der Kartellaufsicht.

Die Verbindung zwischen Unternehmen in einem Konzernverhältnis kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Wenn ein Unternehmen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausübt, spricht man im kartellrechtlichen Sinne von Mutter- und Tochtergesellschaft. Unternehmen, über die dieselbe Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss ausübt, werden als Schwestergesellschaften bezeichnet.

2. Unternehmensbegriff

Die Adressaten des Kartellverbots iSd Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 KartG sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Eine nähere Definition dieser Tatbestandselemente enthält weder Art 101 Abs 1 AEUV noch § 1 KartG.

Der EuGH definiert den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff seit dem Jahr 1991 in stRspr als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (sog „funktionaler“ Unternehmensbegriff).³ Insbesondere geht der kartellrechtliche Unternehmensbegriff, der auf wirtschaftliche Einheiten abstellt, über die formale Trennung in einzelne Rechtssubjekte im gesellschaftsrechtlichen Sinn hinaus.

² OGH als KOG vom 10.3.2003, 16 Ok 20/02.

³ Vgl dazu schon EuGH 23.04.1991, C-41/90 *Höfner und Elser* Rz 21.

Aus dieser Definition lassen sich zwei zentrale Elemente ableiten: die wirtschaftliche Tätigkeit sowie die wirtschaftliche Einheit. Dazu im Folgenden:

a. Wirtschaftliche Tätigkeit

In Bezug auf die wirtschaftliche Tätigkeit geht es im Kern um die Frage, inwieweit bestimmte Tätigkeiten als „wirtschaftlich“, also als Teilnahme am Wirtschaftsverkehr qualifiziert werden können. Insbesondere kommt es nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht an. Die Rsp in diesem Zusammenhang hat vor allem die Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern und staatlichen Unternehmen zum Gegenstand. Die wichtigsten Abgrenzungen bestehen somit zu Fällen rein privaten Handelns, der Ausübung von Hoheitsgewalt sowie der Tätigkeit von auf dem Grundsatz der Solidarität beruhenden Sozialversicherungsträgern.

b. Wirtschaftliche Einheit

Wettbewerb findet zwischen Unternehmen statt, die ihr Eigeninteresse auf dem Markt selbständig zur Geltung bringen. Das jeweilige Marktverhalten von verbundenen Unternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, kann nicht mehr autonom erfolgen.⁴ Zwischen solchen Unternehmen besteht kein Wettbewerb mehr.⁵ Vor diesem Hintergrund bleibt bei verbundenen Unternehmen iS einer wirtschaftlichen Einheit kein Anwendungsbereich für das Kartellverbot. Daraus folgt zugleich auch, dass im Verhältnis von Unternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, zu anderen Unternehmen das Kartellverbot uneingeschränkt Geltung hat.

Für die Qualifikation von verbundenen Unternehmen als wirtschaftliche Einheit ist es entscheidend, ob sie Handlungsfreiräume haben und wirtschaftliche Entscheidungen selbständig treffen können. Dabei ist vor allem auf die (i) Beteiligungsverhältnisse, (ii) Weisungsrechte und (iii) personelle Verflechtungen abzustellen. Allerdings sind diese nicht abstrakt, sondern vielmehr auf der Basis der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

⁴ EuGH 04.05.1988, C-30/87 *Bodson* Rz 19.

⁵ EuGH 24.10.1996, C-73/95 P *Viho Europe* Rz 16 f.

(i) *Beteiligungsverhältnisse*

Wesentliche Merkmale für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit sind die Beteiligungsverhältnisse zwischen den verbundenen Unternehmen.

Im Hinblick auf eine 100%ige⁶ oder beinahe 100%ige Tochtergesellschaft wird eine wirtschaftliche Einheit regelmäßig vermutet. Während das KOG eine vollständige und endgültige Abhängigkeit aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Position jedenfalls bei einer 75 % übersteigenden Beteiligung annimmt, kann aufgrund des Fehlens einer einheitlichen Leitung aber selbst bei parallelen 100% Beteiligungen das Bestehen eines Konzernverhältnisses zu verneinen sein.⁷

Ob eine tatsächliche Einflussnahme erfolgen muss, ist im Schrifttum umstritten.⁸ Mit dem KOG wird aber davon auszugehen sein, dass bereits die Möglichkeit der bestimmenden Einflussnahme ausreicht. Dies jedenfalls insoweit, als die gesellschaftsrechtliche Position so stark ist, dass die herrschende Gesellschaft mit Maßnahmen, die nicht selbst als Zusammenschluss zu prüfen wären, das Wettbewerbsverhalten der beherrschten Gesellschaft maßgeblich beeinflussen könnte (etwa Satzungsänderungen).⁹

Fällt die Beteiligung niedriger aus, ist die Vermutung hinsichtlich einer wirtschaftlichen Einheit nicht gerechtfertigt. Bei einer bloßen Mehrheitsbeteiligung müssen ggf weitere Umstände für die Begründung einer wirtschaftlichen Einheit hinzukommen.

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass bei einer Minderheitsbeteiligung von 25% an einer Gesellschaft keine wirtschaftliche Einheit vorliegt.¹⁰ Die Rsp hat bestätigt, dass eine bloße Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen, ohne zusätzliche wirtschaftliche oder rechtliche Einflussmöglichkeiten, keine wirtschaftliche Einheit begründet.¹¹ Eine solche Einflussmöglichkeit kann bspw durch einen Syndikatsvertrag begründet sein, sodass bereits

⁶ EuGH 25.10.1983, 107/82 *AEG* Rz 50; EuG 12.01.1995, T-102/92 *Viho Europe* Rz 51 ff.

⁷ 16 Ok 20/02.

⁸ Horizontal-LL Rz 11; vgl etwa *Schroeder* in *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts³ (2016) § 9 Rz 7, 11; *Paschke* in *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*² (2015), Art 101 AEUV Rz 22.

⁹ Ebendort.

¹⁰ Europäische Kommission 02.08.1989, IV/31.553 *Betonstahlmatten* Rz 178.

¹¹ EuG 06.04.1995, T 141/89 *Tréfileurope Sales* Rz 129; EuG 06.04.1995, T-145/89 *Baustahlgewebe* Rz 107.

eine 33% Beteiligung ein Konzernverhältnis begründet.¹² In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich festzuhalten, dass auch Syndikatsverträge unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten relevant sein können.

Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu beachten, dass die Regeln der österreichischen Fusionskontrolle zT bereits unterhalb der Schwelle der Beherrschung eingreifen (insbesondere Erwerb von 25% Beteiligungen - § 7 Abs 1 Z 3 KartG) um das abstrakte Gefährdungspotential eines gesellschaftsrechtlichen Machterwerbs zu erfassen. Nicht jeder Zusammenschluss begründet somit für Zwecke der Anwendung des Kartellverbots automatisch eine wirtschaftliche Einheit. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass ja grundsätzlich zwischen zwei Unternehmen auch mehrere Zusammenschlüsse (etwa die Erhöhung einer 25 % übersteigenden Beteiligung auf über 50%) stattfinden können, und auch eine mehrfache Kontrolle denkbar ist.¹³

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass im Anwendungsbereich des KartG hinsichtlich der Beurteilung die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend ist, um den wahren wirtschaftlichen Gehalt beurteilen zu können (vgl § 20 KartG).

(ii) *Weisungsrechte*

Vor diesem Hintergrund können auf der Basis einer Einzelfallprüfung Weisungsrechte zwischen der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft von Bedeutung sein. In der Regel wird in diesem Zusammenhang auf einen bestimmenden Einfluss im kartellrechtlichen Sinn abzustellen sein.¹⁴ Ein solcher bestimmender Einfluss kann sich aus einer Gesamtschau der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbindungen ergeben.

Die bloße Möglichkeit, Entscheidungen durch die Ausübung von Minderheitsrechten zu blockieren (sog negative Kontrolle), ist nicht ausreichend. In diesem Sinne ist alleinige Kontrolle notwendig, dh es kann jeweils nur eine Muttergesellschaft vom Konzernprivileg profitieren.

Besondere Fragestellungen können sich bei Existenz mehrerer Mutterunternehmen im Falle von Gemeinschaftsunternehmen stellen. Die Judikatur anerkennt hier – primär für die haftungsmäßige Zurechnung – unter Bedachtnahme auf die wirtschaftlichen, rechtlichen und organisatorischen Faktoren des Einzelfalls Konstellationen eines derart engen Zusammenwirkens der Mütter, die auf die gemeinsame Ausübung bestimmenden Einflusses hinauslaufen.

¹² OGH als KOG vom 30.5.2005, 16 Ok 16/04.

¹³ 16 Ok 20/02.

¹⁴ Horizontal-LL Rz 11; EuGH 25.10.1983, 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG Rz 50 ff.

Eine Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen aus diesem Titel erscheint hingegen nur sehr eingeschränkt möglich. Dies betrifft insbesondere die Rückwirkungen aus den Beziehungen der Mütter zum gemeinsamen Tochterunternehmen auf ein allfälliges Wettbewerbsverhältnis der Mütter zueinander. Die BWB wird hier weiterhin eine restriktive Haltung einnehmen.

(iii) *Personelle Verflechtungen*

Als ergänzender Umstand zur Beurteilung einer wirtschaftlichen Einheit können auch personelle Verflechtungen herangezogen werden. Auch in diesem Zusammenhang wird auf die fehlende Autonomie des Unternehmens in Bezug auf das Marktverhalten abzustellen sein.

3. Schlussfolgerungen

- Festzuhalten ist, dass das Kartellverbot des Art 101 AEUV bzw § 1 KartG auch zwischen sonstig verbundenen Unternehmen voll anwendbar bleibt, wenn kein Fall der wirtschaftlichen Einheit vorliegt und somit das Konzernprivileg zwischen Gesellschaften nicht zum Tragen kommt.
- Bei mehreren Mutterunternehmen kann eine wirtschaftliche Einheit grundsätzlich im Verhältnis zu (maximal) einem Mutterunternehmen gegeben sein. Besondere Konstellationen sind auf Basis einer Einzelfallbetrachtung im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen denkbar.
- Die Ausübung vertraglich vereinbarter Minderheitsrechte von Gesellschaftern ist innerhalb der kartellrechtlichen Schranken möglich. Insbesondere auf die Wahrung einer Finanzinvestition gerichtete Gesellschafterrechte sind zwar grds zulässig, es dürfen jedoch keine detaillierten, sondern nur kartellrechtskonforme Informationen, also solche die das autonome Marktverhalten nicht in Frage stellen, weitergeleitet werden.