

## Kartellgesetz 2005

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 2005/61 idF: BGBl I 2008/2 (Art 2, 1. BVRBG), BGBl I 2012/51 (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012), BGBl I 2013/13 (KaWeRÄG 2012), BGBl I 2017/56 (KaWeRÄG 2017), BGBl I 2019/109 und BGBl I 2021/176 (KaWeRÄG 2021)

### I. Hauptstück Wettbewerbsbeschränkungen

#### 3. Abschnitt Zusammenschlüsse

##### Begriffsbestimmung

§ 7. (1) Als Zusammenschluss im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten

1. der Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil, durch einen Unternehmer, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung,
2. der Erwerb eines Rechts durch einen Unternehmer an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge,
3. der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erreicht oder überschritten wird,
4. das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind,
5. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

(2) Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

*[Anm: Abs 3 aufgehoben durch BGBl I 2013/13]*

(4) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor.

**Materialien:**

ErläutRV 926 BlgNR 22. GP 6 f; ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 8.

#### **Schrifttum:**

*Ablasser-Neuherber*, Faux amis im deutschen und österreichischen Fusionskontrollrecht – Gemeinsamkeiten und Unterschiede verwandter Systeme, in FS Canenbley (2012); *Ahrens*, Gemeinschaftsunternehmen als wirtschaftliche Einheit, EuZW 2013, 899; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz<sup>4</sup> (2022); *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> (2018); *Auer*, Zum

Verhältnis von Art 3 Abs 1 lit b und Abs 4 FKVO, wbl 2016, 750; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht (1996); *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht<sup>4</sup> (2023); *Brücken*, Zusammenschlusskontrolle bei der Erweiterung bestehender Gemeinschaftsunternehmen nach der FKVO (2011); *Bunte*, Kartellrecht I<sup>14</sup> (2022); *Bydlin-ski*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung (1991); *Diregger/Edelmann*, Beteiligungspublizität von Anteilscheininhabern von Investmentfonds, RdW 2022, 753; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>3</sup> (2021); *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG II<sup>3</sup> (2021); *Duursma*, Durchführungsverbot und „gun jumping“, in *Mittendorfer* (Hrsg), Unternehmenskauf in der Praxis<sup>2</sup> (2019); *Egermann/Reidlinger*, OLG Wien als KG 28. 9. 2000, 25 Kt 286/00, ecolex 2001, 56; *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht (2022); *Feldner/Bara*, Die Personengleichheit zu 50% als Zusammenschluss – wie anders ist Österreich? NZKart 2020, 74; *Fritz/Gratzl*, Joint Venture, in *Fritz/Gratzl* (Hrsg), Mustersammlung zum GmbH-Recht III<sup>2</sup> (2018); *Gall*, Kontrollwechsel und Angebotspflicht im Lichte der neueren Judikatur der Übernahmekommission, GesRZ 2019, 75; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out (2006); *Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz I<sup>5</sup> (2019); *J.P. Gruber*, Die verfahrensrechtliche Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen und österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZK 2019, 21; *J.P. Gruber*, Gemeinschaftsunternehmen, ÖZK 2018, 14; *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> (2018); *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> (2017); *Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (Stand 1. 7. 2016, rdb.at); *Hartung*, KG: Bestandverträge und Fusionskontrolle – Geldbußenanträge wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot abgewiesen, ÖZK 2009, 112; *Hoffer*, Gemeinschaftsunternehmen in Österreich – Vorlageentscheidung des KOG zur „Teilfunktion“, NZKart 2016, 363; *Holzweber*, Sachbegriff und Unternehmensübertragung, wbl 2023, 605; *Holzweber*, Marktmissbrauch im Web 2.0 (2017); *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> (2016); *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III<sup>6</sup> (2020); *John*, Joint Ventures im Gesellschafts- und Kartellrecht (2023); *Kalss*, Aktiengesellschaft, in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (Stand 1. 6. 2017, rdb.at); *Kalss*, Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt (2000); *Kalss*, Eigene Aktien und Gesellschafterausschluss, in FS Hügel (2016); *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003); *Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner*, BörseG/MAR (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015); *Kiehl/Petschko*, Zusammenschlussstatbestand beim Anteilserwerb von weniger als 25%? ÖZK 2010, 54; *Klement*, Personelle Verflechtungen in der österreichischen Fusionskontrolle, wbl 2005, 156; *Kofler-Senoner/Frank/Hirner*, Austria Asphalt: Eine richtungsweisende Entscheidung zur EU Fusionskontrolle, ecolex 2017, 1087; *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> (2023); *Koppensteiner*, Gemeinschaftsunternehmen im Normenvergleich, wbl 2020, 241; *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> (1997); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007); *Krejci*, Doppelvertretung durch Personalunionen in Konzernvorständen, in FS Nowotny (2015); *Krejci*, Grauzonen des Unternehmensübergangs nach § 38 UGB, in FS H. Torggler (2013); *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht<sup>4</sup> (2020); *Nicolussi*, Mehrstimmrechtsaktie: Renaissance auf europäischer und auf nationaler Ebene, AG 2022, 753; *Nowotny*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (Stand 1. 6. 2017, rdb.at); *Nutz*, Die Durchsetzung von Stimmbindungsverträgen, GES 2019, 349; *Perner/Korab*, Joint Venture-Vertrag, in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge (1. Lfg 2011); *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> (2016); *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht I (2000); *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht<sup>4</sup> (2019); *Reidlinger/Hartung*, OLG Wien als KG 30. 1. 2002, 25 Kt 456/01, ecolex 2002, 366; *Reidlinger/Stenitzer*, Zur Reichweite des kartellrechtlichen Konzernprivilegs bei Gemeinschaftsunternehmen, GesRZ 2020, 137; *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht I/2<sup>4</sup> (2023); *Säcker/Meier-Beck*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht II<sup>4</sup> (2022); *Schima*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH, in FS Peter Doralt (2004); *F. Schuhmacher*, Einheit oder Vielheit im Haftungsrecht – Die Haftung für Kartellverstöße als Nukleus einer Einheitsbetrachtung? in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Konzern – Einheit oder Vielheit (2019); *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (Stand 1. 12. 2017, rdb.at); *Thomas*, Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen, ZWeR 2005, 236; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht (2013); *U. Torggler*, GmbHG (Stand 1. 8. 2014, rdb.at); *U. Torggler*, UGB<sup>5</sup> (Stand 1. 1. 2019, rdb.at); *Weiss/Mayer*, KOG: § 7 Abs 1 Z 3 KartG: „Beherrschung“, nicht „Durchrechnung“ entscheidend, ÖZK 2009, 72; *Wessely*, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995); *Wessely*, Fusionskontrolle: Anteilserwerb von 25 Prozent, ecolex 1995, 188; *Wessely*, Fusionskontrolle: Berechnung der Aufgriffsschwellen, ecolex 1994, 475; *Wessely*, Rechtsfragen der Gemeinschaftsunternehmen, ecolex 2001, 456; *Wiedemann* (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts<sup>4</sup> (2020); *Winner*, Änderungsbedarf aus Sicht der Übernahmekommission, in *Jarolim* (Hrsg), Das neue Aktienrecht – Dialog im Parlament (2009); *Winner*, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006, 659; *Winner*, Die genehmigungspflichtige Investition nach dem Investitionskontrollgesetz, ÖZW 2022, 114; *Winner*, Gemeinsames Vorgehen im Übernahmerecht, in FS Jud (2012); *Wollmann*, Minderheits-

beteiligungen im österreichischen und europäischen Kartellrecht, in FS Barfuß (2002); Wurm, Österreichische Steueraspekte internationaler Joint Ventures, in *Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer* (Hrsg), Handbuch Konzernsteuerrecht<sup>2</sup> (2014); Zehetner, EuGH zum Begriff des Zusammenschlusses: Gemeinschaftsunternehmen, GesRZ 2017, 409.

<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
1. Allgemeines .....	1
2. Unternehmen und Unternehmer .....	6
3. Zusammenschlusstatbestände .....	12
3.1. Erwerb eines Unternehmens oder Unternehmensteils (§ 7 Abs 1 Z 1) .....	14
3.1.1. Vorbemerkung .....	14
3.1.2. Erwerbsformen .....	16
3.1.3. Wesentlicher Teil .....	19
3.2. Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge (§ 7 Abs 1 Z 2) .....	25
3.2.1. Vorbemerkung .....	25
3.2.2. Dauerhaftigkeit .....	28
3.2.3. Betriebsüberlassung .....	31
3.2.4. Betriebsführung .....	34
3.3. Anteilserwerb (§ 7 Abs 1 Z 3) .....	35
3.3.1. Vorbemerkung .....	35
3.3.2. Schwellenwert .....	39
3.3.2.1. Übersicht .....	39
3.3.2.2. Zum Begriff „Beteiligungsgrad“ .....	41
3.3.2.3. Erreichen oder Überschreiten .....	50
3.3.3. Mittelbarer Erwerb .....	52
3.3.3.1. Übersicht .....	52
3.3.3.2. Beteiligungsquote bei mittelbarem Anteilserwerb .....	54
3.4. Herbeiführen der Personengleichheit (§ 7 Abs 1 Z 4) .....	58
3.4.1. Vorbemerkung .....	58
3.4.2. Tatbestandsmäßige Organe .....	60
3.4.3. Mitgliederanzahl .....	66
3.5. Beherrschender Einfluss (§ 7 Abs 1 Z 5) .....	69
3.5.1. Alleinige Kontrolle .....	75
3.5.2. Gemeinsame Kontrolle .....	79
4. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (§ 7 Abs 2) .....	83
4.1. Allgemeines .....	83
4.2. Vollfunktionseigenschaft .....	88
4.3. Dauerhaftigkeit .....	93
4.4. Gründungsbegriff und Abgrenzung zu § 7 Abs 1 – Rs <i>Austria Asphalt</i> .....	95
5. Konzernklausel .....	102

# 1. Allgemeines

- 1 Gegenstand der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle ist das **externe Unternehmenswachstum**.<sup>1</sup> Internes Wachstum, also die Verstärkung der Marktposition aus eigener Kraft, unterliegt nicht einer *ex ante*-Prüfung der Zusammenschlusskontrolle, sondern kann allenfalls im Rahmen der §§ 1 und insb 4 aufgegriffen werden, wenn sie auf wettbewerblich problematische Art und Weise erfolgt. Die Zusammenschlusskontrolle in § 7 hat somit ausschließlich Konstellationen im Blick, in denen die Marktstruktur durch die Verbindung von zumindest zwei Unternehmen geschädigt wird (s dazu weiterführend § 12 Rz 8 ff). Denn durch eine solche Konzentration wird der Wettbewerb zwischen den involvierten Unternehmen abgeschwächt oder sogar ausgeschaltet, da diese in der Folge nicht mehr unabhängig voneinander am Markt agieren.<sup>2</sup> Insofern liegt der Zweck der Zusammenschlusskontrolle in der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb durch eine möglichst große Anzahl selbstständiger Marktteilnehmer gewährleisten soll.<sup>3</sup> Durch die Legaldefinition des Zusammenschlusses in § 7 erfolgt eine Abgrenzung jener Vorgänge, die – bei Erreichen der Schwellenwerte des § 9 und Nichtvorliegen einer Ausnahme gem § 19 – einer vorherigen Genehmigung bedürfen, andernfalls diese nicht vollzogen werden dürfen (s § 17). Dies geschieht durch eine typisierte Betrachtung verschiedener Formen des externen Unternehmenswachstums, die auf einen konkreten Rechtserwerb oder Herrschaftserwerb gerichtet sind; die bloße Ausübung bestehender gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse oder deren Aufgabe ohne Erwerb durch Dritte unterliegt aber nicht der Zusammenschlusskontrolle.<sup>4</sup> Die in § 7 genannte Aufzählung der Formen des externen Unternehmenswachstums, die einer *ex ante*-Genehmigung bedürfen, ist abschließend; nichtsdestoweniger ist durch die Generalklausel des § 7 Abs 1 Z 5 im österr Recht von einem **weiten Begriff des Zusammenschlusses** auszugehen.
- 2 Das Wesen eines Zusammenschlusses besteht nach stRsp darin, dass zwei oder mehrere Unternehmen unter **Aufgabe ihrer wirtschaftlichen Selbstständigkeit** auf Dauer unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammengefasst werden.<sup>5</sup> Dies bestätigt sich darin, dass der Gesetzgeber in § 7 Abs 4 (s Rz 102 ff) klargestellt hat,<sup>6</sup> dass kein Zusammenschluss vorliegt, wenn alle beteiligten Unternehmen zu einem Konzern gem § 15 AktG und § 115 GmbHG gehören. In diesen Fällen kommt es durch die Änderung der Unternehmensstruktur nicht zur Aufgabe der wirtschaftlichen Selbstständigkeit, da diese auch zuvor nicht bestand. Die **bloße Reorganisation** eines Unternehmens ohne Änderung der Machtverhältnisse und Verschiebungen innerhalb eines Konzerns fallen somit nicht unter den Zusammenschlussbegriff.<sup>7</sup>
- 3 Voraussetzung für den Zusammenschlussbegriff des § 7 ist die **Dauerhaftigkeit der Änderung der Marktstruktur**.<sup>8</sup> Von einer dauerhaften Änderung ist auszugehen, wenn durch den

1 KOG 29. 5. 2020, 16 Ok 2/20k – *Parteistellung/Kontrollwechsel*; KOG 21. 1. 2008, 16 Ok 7/07 – *Gratiszeitungsmarkt*, Rz 3.1.

2 Wessely, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 28.

3 OGH 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p – *dm-Drogeriemärkte*, Rz 10.3; KOG 1. 7. 2002, 16 Ok 2/02 – *News*.

4 KOG 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02 – *Postbus*; auch das Kartellverbot ist hier nicht anwendbar, s OGH 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p – *dm-Drogeriemärkte*, Rz 10.4.

5 OGH 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p – *dm-Drogeriemärkte*, Rz 10.2; RIS-Justiz RS0063572.

6 ErläutRV 1096 BlgNR 18. GP 20.

7 Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 13 Rz 19.

8 Ausf und mwN KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 3/15z – *BWB/VAMED*, Rz 4.

Erwerb eines Unternehmens bzw eines wesentlichen Teils davon die Unternehmensträgerschaft übergeht; dasselbe gilt grds für den Erwerb von Anteilen am Zielunternehmen. Dem liegt der Erfahrungssatz zu Grunde, dass Unternehmen bzw wesentliche Anteile nicht nur kurzfristig erworben werden, weshalb bei einem Zusammenschluss gem Z 1 und Z 3 die Vermutung einer Dauerhaftigkeit der Veränderung der Marktstruktur besteht. Ausnahmen dazu bestehen dann, wenn der Erwerb von Anteilen oder Vermögenswerten bloß ein **Durchgangsstadium** darstellt.<sup>9</sup> Dies ist etwa beim sog *Pooling* der Fall, bei dem das erworbene Unternehmen entsprechend einem vorher gefassten Plan unter mehreren Unternehmen aufgeteilt wird; hier geht die EK davon aus, dass die erste Transaktion nicht geprüft werden muss, wenn die zweite Transaktion rechtsverbindlich vereinbart wurde und kein Zweifel daran besteht, dass diese binnen eines Jahres nach der ersten Transaktion abgeschlossen wird.<sup>10</sup> Ein eigenständiger Zusammenschluss liegt auch dann nicht vor, wenn zunächst gemeinsame Kontrolle am Zielunternehmen erworben wird, dann aber binnen eines Jahres eine der Erwerberinnen auf Grundlage rechtsverbindlicher Vereinbarungen die alleinige Kontrolle übernimmt.<sup>11</sup> Zuletzt fehlt es auch beim sog *Warehousing*, bei dem insb im Immobilienbereich<sup>12</sup> ein Unternehmen auf Grundlage einer Vereinbarung Anteile bei einer Zwischenkäuferin – häufig einer Bank – zwischenparkt und im Namen und auf Risiko der endgültigen Erwerberin gehalten werden, am Element der Dauerhaftigkeit, weshalb der Ersterwerb nur als erster Schritt eines einzigen Zusammenschlusses angesehen wird.<sup>13</sup> Bei § 7 Abs 1 Z 4 wird zu Recht davon ausgegangen, dass es sich um einen Formaltatbestand handelt,<sup>14</sup> weshalb im Fall der Herstellung einer Personengleichheit nicht gesondert auf die Dauerhaftigkeit abgestellt werden muss, was mit Blick darauf überzeugt, dass auch eine „kurzfristige“ Personengleichheit bei den Leitungsorganen mit einer erheblichen Beeinflussung des Marktverhaltens und einer Dauerhaftigkeit der Auswirkungen (im Unterschied zur Dauerhaftigkeit der Koordination<sup>15</sup>) einhergehen kann.<sup>16</sup> Von besonderer Bedeutung ist die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit in der österr Rsp, wenn der Zusammenschlussbegriff aufgrund einer **vertraglichen Vereinbarung** erfüllt ist. Hier besteht nach der Rsp die notwendige Dauerhaftigkeit, wenn eine mindestens zehn Jahre andauernde Bindung besteht, wobei im Einzelfall auch acht Jahre als ausreichend angesehen werden; ein bloß hypothetisch bestehendes Kündigungsrecht ist nicht schädlich.<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber stellt bei den in § 7 genannten Zusammenschlussformen nicht auf die vollkommene Aufgabe der Selbstständigkeit eines Unternehmens ab. Vielmehr sind **verschiedene strukturelle Gefährdungslagen für die Selbstständigkeit eines Unternehmens erfasst**, die auch unterhalb der Schwelle der Beherrschung durch Unternehmer sein können.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> Ausf Körber in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III<sup>6</sup> Art 3 FKVO Rz 65 ff.

<sup>10</sup> EK, Zuständigkeitsfragen-Mitt, [\(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)) (Rz 30 f, abgefragt 18. 3. 2024).

<sup>11</sup> Ebd Rz 34.

<sup>12</sup> Dies ist insb auf den steuerrechtlichen Kontext iZm der GrEST zurückzuführen.

<sup>13</sup> EK, Zuständigkeitsfragen-Mitt Rz 35.

<sup>14</sup> KG 27. 1. 2015, 27 Kt 65/14 – *Ankerbrot/Ancora*.

<sup>15</sup> Für das Übernahmerecht vgl *Winner* in FS Jud 807 f.

<sup>16</sup> *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 7 KartG Rz 30; aA *Kühnert* in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht § 7 KartG Rz 87; *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> § 7 Rz 59.

<sup>17</sup> KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 3/15z – *BWB/VAMED*, Rz 4; vgl auch die Ausführungen des KG in KOG 21. 3. 2007, 16 Ok 1/07 – *Haftungsverbund III*.

<sup>18</sup> Zur diesbezüglich vergleichbaren dt Rechtslage s *Kallfaß* in *Bunte*, Kartellrecht I<sup>14</sup> § 37 GWB Rz 1.

Dies zeigt sich bes illustrativ darin, dass nach § 7 Abs 1 Z 3 auch der Erwerb einer Beteiligung von 25 % an einer Gesellschaft als Zusammenschluss qualifiziert wird, was aber weder nach § 244 Abs 2 UGB noch nach konzern- oder übernahmerechtlichen Wertungen<sup>19</sup> als beherrschender Einfluss qualifiziert wird; ebenso sind nach § 7 Abs 1 Z 2 bloße Betriebsüberlassungs- und -führungsverträge als Zusammenschluss iSd KartG anzusehen, obwohl damit die Unternehmensträgerschaft nicht wechselt. Dementsprechend folgt aus dem Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands nicht zwingend, dass die beteiligten Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden; vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung notwendig.<sup>20</sup> Freilich hat sich der Gesetzgeber tw<sup>21</sup> explizit entschieden, auf die Zurechnungskriterien des § 7 und nicht auf die (alleinige) Beherrschung abzustellen, womit iE eine strengere Zurechnung von Unternehmen statuiert wird. Die einzelnen Tatbestände des § 7 knüpfen somit an Unternehmensverbindungen unterschiedlicher Stärke an, die aber für sich genommen nach Ansicht des Gesetzgebers hinreichend für die Notwendigkeit einer kartellrechtlichen *ex ante*-Prüfung sind.

- 5 Das differenzierte Konzept der Unternehmenskonzentration in § 7 bringt es mit sich, dass im Fall der **Verstärkung der Kontrolle** über das Zielunternehmen ggf eine erneute Zusammenschlussanmeldung erfolgen muss; auch aus einer stärkeren Einflussmöglichkeit kann eine Änderung der Marktstruktur folgen, die wiederum einer *ex ante*-Genehmigung bedarf. Daher hat auch nach dem genehmigten Erwerb eines 25%-Anteils eine erneute Prüfung zu erfolgen, wenn eine gemeinsame oder alleinige Kontrolle erworben wird oder einer der Tatbestände des § 7 erfüllt ist. Dasselbe gilt auch für den Wechsel von gemeinsamer Kontrolle zur alleinigen Kontrolle<sup>22</sup> und umgekehrt und für die Umwandlung einer obligatorischen Rechtsposition in eine dingliche – etwa wenn Unternehmenspächter das gepachtete Unternehmen erwerben.<sup>23</sup> **Die Grenze liegt dabei bei der alleinigen Kontrolle** (zu diesem Begriff s unten Rz 75 ff), da mit dieser die vollkommene Aufgabe der Selbstständigkeit des beherrschten Unternehmens einhergeht und somit auch keine prüfungsbedürftige Verstärkung der Kontrolle mehr vorliegen kann, was sich normativ in § 7 Abs 4 verankern lässt. Wenn etwa durch die besondere Satzungsgestaltung der genehmigte Erwerb eines 40%-Anteils zur alleinigen Kontrolle führt, muss bei einer späteren Überschreitung der 50%-Schwelle keine zusätzliche Anmeldung mehr erfolgen.<sup>24</sup> Umgekehrt kann ausnahmsweise auch nach dem Erwerb eines 50%-Anteils eine erneute Zusammenschlussanmeldung notwendig sein – dies ist der Fall, wenn durch die Besonderheit des Einzelfalls erst mit diesem Erwerb alleinige Kontrolle erworben wird.<sup>25</sup>

19 Hier wird nach § 22 Abs 2 ÜBG auf eine Beteiligung von über 30 % der Stimmrechte abgestellt. Bereits unter dieser Schwelle führt etwa das Überschreiten einer gesicherten Sperrminorität gem § 26a ÜBG zu einer Stimmrechtsbeschränkung auf 26 % der Stimmrechte.

20 Zur diesbezüglich vergleichbaren dt Rechtslage s *Bach* in MüKoWettbR II<sup>4</sup> § 37 GWB Rz 6.

21 Vgl § 13 Abs 2, § 21 Z 2; § 22 Z 1.

22 Nach der Rsp kann auch eine Änderung bei der gemeinsamen Kontrolle anmeldebedürftig sein, s KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*; mit illustrativer Darstellung *Weiss/Mayer*, ÖZK 2009, 72.

23 Dahingehend *Kallfaß* in *Bunte*, Kartellrecht I<sup>14</sup> § 37 GWB Rz 67 f.

24 S dazu KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 16/04 – *Brauereizusammenschluss*.

25 *Kallfaß* in *Bunte*, Kartellrecht I<sup>14</sup> § 37 GWB Rz 65.



## 2. Unternehmen und Unternehmer

Die verschiedenen Tatbestände des § 7 Abs 1 weisen eine einheitliche Struktur auf. Stets geht es darum, dass ein Unternehmer auf unterschiedliche Art und Weise Einfluss auf ein anderes Unternehmen erlangt. Charakteristisch für den Zusammenschlussbegriff ist, dass ein **Unternehmen ganz oder tw in den Einfluss eines anderen Unternehmers gerät** und somit mit dessen Unternehmen verbunden wird.<sup>26</sup> Die vom Konzentrationsvorgang betroffenen Unternehmen werden im Gesetz als **beteiligte Unternehmen** bezeichnet. Ebenso knüpft der Tatbestand der Gründung eines GU am kartellrechtlichen Unternehmensbegriff an. Dementsprechend muss für die Zusammenschlusskontrolle sowohl auf der Seite der Erwerberin als auch auf der Seite der Veräußerin<sup>27</sup> ein Unternehmen iSd KartG vorliegen, was freilich mit Blick auf das damit erfasste externe Unternehmenswachstum nur folgerichtig ist, da es ansonsten an einem konzentrativen Effekt mangeln würde.

Das KartG enthält keine Legaldefinition des Unternehmens. Nach der Rsp liegt dem KartG aufgrund der nach § 20 gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ein **eigenständiger Unternehmensbegriff** zu Grunde, der von jenem des UGB abweicht.<sup>28</sup> Hierbei wird das funktionale Unternehmenskonzept des Unionsrechts übernommen, nach dem sich der Begriff des Unternehmens aus dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsregeln ergibt.<sup>29</sup> Dementsprechend wird in Einklang mit der Rsp des EuGH<sup>30</sup> jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, als Unternehmen angesehen.<sup>31</sup> Der EuGH zieht die Grenzen für die wirtschaftliche Tätigkeit weit; er sieht als solche jede Tätigkeit an, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>32</sup> Hierfür ist es nicht zwingend, dass die Produkte unmittelbar gegen Entgelt angeboten werden.<sup>33</sup> Als weitere Auslegungshilfe ließ das KOG zudem erkennen, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff im **Einklang mit dem Lauterkeitsrecht** auszulegen sei,<sup>34</sup> was auch der in jüngerer Zeit vertretenen Konvergenzthese entspricht, wonach die Tatbestände des Kartellrechts und des Lauterkeitsrechts einander als Gesamtordnung des Wettbewerbs ergänzen.<sup>35</sup>

Aus dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt, dass das erworbene Unternehmen **tatsächlich betrieben** werden muss; ebenso müssen die Erwerberinnen im Zeitpunkt des Zusammenschlusses aktuell Unternehmer iSd sein.<sup>36</sup> Wenn eine Gesellschaft den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand nicht ausübt und keinerlei Umsatzerlöse erzielt, liegt kein Unternehmen iSd KartG vor, da die bloße Eignung, als Rechtsträger einer erst zu

<sup>26</sup> Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 13 Rz 15.

<sup>27</sup> Dies ist idR durch das Zielunternehmen erfüllt.

<sup>28</sup> KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*, Rz 3.1.

<sup>29</sup> S dazu jüngst KOG 30. 11. 2023, 16 Ok 4/23h – *REWE/Merkur (Billa Plus)*, Rz 133 ff.

<sup>30</sup> Grundlegend dazu vgl EuGH 23. 4. 1991, C-41/90 – *Höfner/Elser*, Rz 21.

<sup>31</sup> KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 3/15z – *BWB/VAMED*, Rz 3.1.

<sup>32</sup> Etwa EuGH 18. 6. 1998, C-35/96 – *Kommission/Italien*, Rz 36; EuGH 25. 10. 2001, C-475/99 – *Ambulanz Glöckner*, Rz 19; EuGH 24. 10. 2002, C-82/01 – *Aéroports de Paris*, Rz 79.

<sup>33</sup> Zum Kriterium der Entgeltlichkeit mwN Holzweber, Marktmachtmissbrauch 75 f.

<sup>34</sup> KOG 4. 10. 2010, 16 Ok 6/10 – *Holzhandel I*, Rz 3.3.

<sup>35</sup> OGH 16. 12. 2021, 4 Ob 49/21s – *Aktivlegitimation bei UWG-Schadenersatzansprüchen*, Rz 30 ff.

<sup>36</sup> Kühnert in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 7 KartG Rz 38; Wessely, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 39.

schaffenden Erwerbsgelegenheit aufzutreten, nicht hinreichend ist;<sup>37</sup> einem „leeren Mantel“ kommt keine Unternehmereigenschaft zu;<sup>38</sup> erst bspw die Übertragung eines wesentlichen Unternehmensteils auf die Mantelgesellschaft erfüllt in weiterer Folge einen Zusammenschlussstatbestand. Nach der Rsp hat aber weder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch die im Zuge des Insolvenzverfahrens angeordnete Schließung des Unternehmens für sich genommen den Wegfall eines Unternehmens im kartellrechtlichen Sinn zur Folge.<sup>39</sup> Dies hat den Hintergrund, dass auch bei stillgelegten Unternehmen durch die Übertragung von Assets ggf auch Marktanteile an die Erwerberin übergehen können, weshalb auch stillgelegte Unternehmen ihre Unternehmereigenschaft nicht verlieren, wenn eine Wiederaufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit – durch Unternehmer selbst oder durch Käufer – nicht unwahrscheinlich ist.<sup>40</sup> Gleiches gilt uE auch für die Liquidation einer Gesellschaft.

- 9 Hinsichtlich der Unternehmensqualität im Bereich der **Systeme der sozialen Sicherheit** geht das KOG davon aus, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben ist und sohin auch kein Anwendungsbereich für die Zusammenschlusskontrolle besteht, wenn kumulativ fünf Kriterien erfüllt sind: (i) es muss eine Mitwirkung an der Verwaltung eines Systems der sozialen Sicherheit bestehen, (ii) es hat eine Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität zu erfolgen, (iii) es darf keine Gewinnerzielungsabsicht bestehen, (iv) es müssen gesetzlich bestimmte Beiträge und gesetzlich bestimmte, iW gleiche Pflichtleistungen bestehen und (v) Leistungen müssen von den Beiträgen unabhängig sein.<sup>41</sup> Dementsprechend findet die Zusammenschlusskontrolle keine Anwendung auf die von Krankenkassen nach dem ASVG und die von diesen selbst oder von Dritten erbrachten Leistungen, sehr wohl aber auf ein Rehabilitationszentrum, wenn Privatpatienten einen – wenngleich nur geringen – Anteil des Gesamtumsatzes ausmachen.<sup>42</sup> Generell fallen **Unternehmen der öffentlichen Hand** unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff, weshalb auch hier die Zusammenschlusskontrolle Anwendung finden kann. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn ein Unternehmen hoheitliche Aufgaben übernimmt oder wie beim Firmenbuch die Gewährung von Einsicht und/oder die Herstellung von Ausdrucken gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar von der betreffenden Einheit bestimmtes Entgelt verlangt.<sup>43</sup> IdS spricht einiges dafür, dass idZ die im Lauterkeitsrecht für die Tätigkeiten der öffentlichen Hand entwickelte Unterscheidung<sup>44</sup> zwischen dem (privatrechtlichen) **Handeln mit unternehmerischem Charakter** und jenem ohne unternehmerischen Charakter für den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff fruchtbar gemacht werden kann: Der Zusammenschlusskontrolle unterliegen öffentliche Unternehmen somit nur dann, wenn sie einer privatrechtlichen Tätigkeit mit unternehmerischem Charakter nachgehen.

- 10 In sämtlichen Tatbeständen des § 7 wird darauf abgestellt, dass **Erwerberinnen auch Unternehmer idS** sind. Den Erwerberinnen muss sohin ein Unternehmen zugerechnet werden,

37 KOG 14. 3. 1995, Okt 10/94 – *Mediendienstleistungs-GmbH* (ÖBl 1995, 176).

38 *Wessely*, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 35.

39 KOG 4. 10. 2010, 16 Ok 6/10 – *Holzhandel I*, Rz 3.3.

40 Ebd Rz 3.4.

41 KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 3/15z – *BWB/VAMED*, Rz 3.4; vgl auch KOG 14. 6. 2004, 16 Ok 5/04 – *Gebietskrankenkasse II*.

42 KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 3/15z – *BWB/VAMED*, Rz 3.5.

43 KOG 11. 10. 2012, 16 Ok 4/12 – *Firmenbuch*; vgl auch die diesbezügliche Vorabentscheidung EuGH 12. 7. 2012, C-138/11 – *Compass-Datenbank GmbH*.

44 Grundlegend OGH 30. 5. 2017, 4 Ob 267/16t – *Gratisbuslinie/Null-Euro-Ticket II*; s RIS-Justiz RS0131475.



was mit Blick auf den Zweck der Zusammenschlusskontrolle – der Prüfung von externem Unternehmenswachstum – auch überzeugt: Erwerben Nicht-Unternehmer Anteile an einem Unternehmen, kommt es zu keiner Gefährdung des Wettbewerbs, da sich an der Marktstruktur nichts ändert. IdZ werden Tätigkeiten der reinen Vermögensverwaltung grds nicht als unternehmerisch qualifiziert; nach der Rsp des EuGH ist dabei für das Unionsrecht der bloße Besitz von Beteiligungen – unabhängig davon, ob es sich um eine kontrollierende Beteiligung handelt – nicht hinreichend, sofern die damit einhergehende Kontrolle nicht tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme ausgeübt wird.<sup>45</sup> Auch das KOG hat ausgesprochen, dass nicht jede Person, die einen Anteil an einer Gesellschaft besitzt, als Unternehmer iSd KartG anzusehen ist;<sup>46</sup> vielmehr müssen Beteiligungsinhaber über die bloße Verwaltung der Beteiligung hinaus wirtschaftlich planend oder lenkend Einfluss auf die Leitung des Unternehmens nehmen.<sup>47</sup> Abweichend von der Rsp des EuGH geht das KOG aber nicht von der Notwendigkeit einer tatsächlichen Einflussnahme aus;<sup>48</sup> vielmehr reicht die potenzielle Möglichkeit, die unternehmerischen E in einer Gesellschaft beeinflussen zu können, aus.<sup>49</sup> Dementsprechend stellt die Rsp für den Unternehmerbegriff auf ein **Kontrollverhältnis** ab,<sup>50</sup> wobei sich ein solches auch durch das Zusammenwirken mehrerer Personen ergeben kann.<sup>51</sup> Ebenso sind Stifter einer Privatstiftung, die unmittelbar oder mittelbar an einem Unternehmen beteiligt sind, und die über die Stiftung in der Lage sind, bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben, als Unternehmer iSd KartG anzusehen.<sup>52</sup> Eine Zusammenschlussprüfung ist nach der Rsp somit jedenfalls dann erforderlich, wenn Erwerberinnen ein bestehendes Unternehmen kontrollieren.<sup>53</sup>

Bislang noch ungeklärt ist, ob auch **unterhalb der Schwelle der Kontrolle** eines Unternehmens eine Unternehmereigenschaft gegeben sein kann und somit beim Erwerb eines anderen Unternehmens eine Zusammenschlussanmeldung erforderlich ist. In der Lit wird überzeugend vertreten, dass bereits ein Anteil von 25 % an einer ein Unternehmen betreibenden Gesellschaft hinreichend ist, um als Unternehmer zu gelten;<sup>54</sup> das KOG hat diese Frage bislang ausdrücklich offen gelassen.<sup>55</sup> UE ist dieser Ansicht zu folgen: Zunächst hat sich der österr Gesetzgeber explizit dafür entschieden, dass auch bei einer Beteiligung von 25 % – unabhängig von einer tatsächlich gegebenen Kontrolle – eine abstrakte Gefahr für die Wettbewerbsstruktur besteht, der mit einer *ex ante*-Prüfung des Zusammenschlusses Rechnung getragen wird. Hinsichtlich der Verbindung zu einem Unternehmen wird im KartG somit – anders als nach der FKVO – nicht auf das

11

<sup>45</sup> Vgl zum Beihilfenrecht EuGH 10. 1. 2006, C-222/04 – *Ministero dell'Economia e delle Finanze*, Rz 111 f.

<sup>46</sup> KOG 18. 6. 1998, 16 Ok 3/98 – *TV W-GmbH II*.

<sup>47</sup> KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*, Rz 3.2.

<sup>48</sup> Aufgrund der fehlenden Harmonisierung des Rechts der Zusammenschlusskontrolle ist eine solche Diskrepanz zulässig und unproblematisch.

<sup>49</sup> KOG 30. 11. 2023, 16 Ok 4/23h – *REWE/Merkur (Billa Plus)*, Rz 104 ff; KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*, Rz 3.2.

<sup>50</sup> So auch *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> § 7 Rz 4.

<sup>51</sup> *Wessely*, Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 38 f.

<sup>52</sup> *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 7 KartG Rz 6.

<sup>53</sup> Ein rein potenzielles Unternehmen reicht nicht aus, s dazu ausf *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> § 7 Rz 7.

<sup>54</sup> Ebd § 7 Rz 5; *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht I 271; wohl auch *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 13 Rz 16 f; aA *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 7 KartG Rz 5.

<sup>55</sup> KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*, Rz 3.4.

Erfordernis der Kontrolle abgestellt. Diese Wertung in der Sphäre des erworbenen Unternehmens muss – mangels anderer gesetzlicher Festlegung – dabei auch für die Sphäre der Erwerberin gelten: Es wäre inkonsequent, wenn zwar eine Beteiligung iHv 25 % an einem Zielunternehmen zur Notwendigkeit einer Überprüfung der wettbewerblichen Auswirkungen führte, nicht aber eine bestehende 25%-Beteiligung einer Erwerberin, die ein anderes Unternehmen erwirbt; die Gefährdung der Marktstruktur ist in diesen Fällen ident. Dazu kommt, dass der Zusammenschlusstatbestand – insb durch die weitgehenden Folgen des Durchführungsverbots – durch möglichst klare Strukturen gekennzeichnet sein muss,<sup>56</sup> sodass den Rechtsunterworfenen ohne Weiteres ersichtlich sein muss, ob eine Zusammenschlussanmeldung erforderlich ist. Dabei ist die Notwendigkeit einer Zusammenschlussanmeldung bei einer Anknüpfung an die in Z 3 geregelte Beteiligungsschwelle deutlich leichter absehbar als eine im Einzelfall vorzunehmende Prüfung eines Kontrollverhältnisses. Hieraus ergibt sich uE, dass sich das Zurechnungskriterium eines Unternehmens zu einer natürlichen oder juristischen Person aus § 7 Abs 1 ergibt. IdS bedeutet dies, dass Personen, die mindestens einen 25%-Anteil an einer ein Unternehmen betreibenden Gesellschaft halten, als Unternehmer iSd KartG zu qualifizieren sind (§ 7 Abs 1 Z 3); im Einzelfall kann dies aber auch bei geringeren Anteilen der Fall sein, wenn aufgrund der besonderen Satzungsgestaltung ein beherrschender Einfluss gegeben ist.

### 3. Zusammenschlusstatbestände

- 12 Die in § 7 Abs 1 genannten Zusammenschlusstatbestände stehen nach der Rsp in einem **Spezialitätsverhältnis** zueinander.<sup>57</sup> Denn bei Z 5 handelt es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes („jede *sonstige* Verbindung von Unternehmen“) um einen Auffangtatbestand, der nur dann zum Tragen kommt, wenn die Tatbestände der Z 1–4 nicht erfüllt sind. Hieraus folgt, dass bei den Zusammenschlusstatbeständen typischerweise **keine Idealkonkurrenz** besteht und somit in einem Sachverhalt nicht mehrere Zusammenschlusstatbestände erfüllt sein können. Es ist jedoch anerkannt, dass verschiedene Erwerbsakte, die auch unter verschiedene Zusammenschlusstatbestände zu subsumieren sind, uU als ein **wirtschaftlich zusammenhängender Gesamtvorgang** anzusehen sind.<sup>58</sup> Sog „voneinander abhängige Transaktionen“ sind auch in der FKVO anerkannt; mehrere verschiedene Transaktionen sind dabei als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einen einheitlichen Charakter haben.<sup>59</sup> Hierbei gilt es zunächst festzustellen, ob diese Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die eine nicht ohne die andere durchgeführt werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn der Unternehmenserwerb von einer anderen Transaktion abhängig gemacht wird.<sup>60</sup> Voraussetzung für einen zusammenhängenden Gesamtvorgang ist zudem, dass die Kontrolle von

<sup>56</sup> Kallfaß in Bunte, Kartellrecht I<sup>14</sup> § 37 GWB Rz 3.

<sup>57</sup> KOG 17. 12. 2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity Ausnahme*, Rz 5.1; aA Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG<sup>2</sup> § 7 Rz 10.

<sup>58</sup> KOG 30. 11. 2023, 16 Ok 4/23h – *REWE/Merkur (Billa Plus)*, Rz 93 ff; KOG 21. 12. 2016, 16 Ok 11/16b – *Novomatic/Casinos Austria II*, Rz 4.4.

<sup>59</sup> EK, Zuständigkeitsfragen-Mitt Rz 38.

<sup>60</sup> EuG 20. 12. 2023, T-61/21 – *EnergieVerbund Dresden*, Rz 80 ff; EuG 20. 12. 2023, T-53/21 – *EVH*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-55/21 – *Stadtwerke Leipzig*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-56/21 – *TEAG*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-58/21 – *Stadtwerke Hameln Weserbergland*, Rz 79 ff; EuG 20. 12. 2023, T-59/21 – *eins energie in sachsen*, Rz 79 ff; EuG 20. 12. 2023, T-60/21 – *Naturstrom*, Rz 80 ff; EuG 20. 12. 2023,

dem- bzw denselben Unternehmen übernommen wird;<sup>61</sup> darüber hinaus wird von der Rsp davon ausgegangen, dass auch das Zielunternehmen ident sein muss; es muss daher sichergestellt sein, dass die jeweiligen Kontrollverfahren zum selben Ergebnis führen würden.<sup>62</sup> Es spricht uE nichts dagegen, unter diesen Voraussetzungen auch im nationalen Recht der Zusammenschlusskontrolle mehrere Erwerbsvorgänge als einheitlichen Zusammenschluss anzusehen,<sup>63</sup> weshalb diese in einer Anmeldung bzw einem Verfahren zusammenzufassen sind und die Anmeldegebühr nur einmal zu entrichten ist.<sup>64</sup> Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, müssen mehrere Verfahren geführt werden, wobei die BWB die Gesamtauswirkungen der Transaktionen in einer Gesamtschau zu beurteilen hat.<sup>65</sup> Hier kommt es zur Anwendung des Prioritätsgrundsatzes, sodass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auch der davor angemeldete berücksichtigt werden muss.<sup>66</sup> Freilich ist es in Absprache mit der BWB auch möglich, unproblematische Teile eines Gesamtvorgangs „abzuschichten“ und separat zu prüfen bzw genehmigen zu lassen,<sup>67</sup> dies allerdings wohl nur unter der Voraussetzung, dass die abgeschichteten Teile auch ohne die restlichen Transaktionen durchgeführt werden können und insofern komplett unabhängig von diesen bestehen sollen.

Die in § 7 Abs 1 festgelegten Zusammenschlusstatbestände sind nach der Rsp **objektiv auszulegen**.<sup>68</sup> Ein Zusammenschluss liegt daher immer schon dann vor, wenn einer der Tatbestände seinem äußeren Erscheinungsbild nach erfüllt ist; auf die Willensrichtung der Beteiligten kommt es sohin nicht an. Dementsprechend kann ein Zusammenschluss auch dann realisiert sein, wenn ein Unternehmen die bloße Möglichkeit erlangt, beherrschenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben, ohne dass dies die erklärte Absicht der Parteien ist.<sup>69</sup> Im Einklang mit der wirtschaftlichen Realität ist für Z 5 die faktische Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auszuüben, ausreichend. Es ist nicht erforderlich, dass ein Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben (s zur Konsolidierungspflicht § 244 Abs 2 Z 3 UGB). 13

T-62/21 – GGEW, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-64/21 – *Mainova*, Rz 94 ff; EuG 20. 12. 2023, T-65/21 – *enercity*, Rz 92 ff; EuG 17. 5. 2023, T-312/20 – *EVH*, Rz 90 ff.

61 EK, Zuständigkeitsfragen-Mitt Rz 41.

62 EuG 17. 5. 2023, T-312/20 – *EVH*, Rz 80 ff; *Thomas in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III<sup>6</sup> § 37 GWB Rz 271.

63 Zu beachten ist hier, dass bereits der erste Schritt nicht ohne Freigabe durchgeführt werden darf. Die Anmeldung muss daher entsprechend rechtzeitig erfolgen.

64 *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> § 7 Rz 10.

65 EuG 17. 5. 2023, T-312/20 – *EVH*, Rz 110 ff.

66 EuG 20. 12. 2023, T-61/21 – *EnergieVerbund Dresden*, Rz 87 ff; EuG 20. 12. 2023, T-53/21 – *EVH*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-55/21 – *Stadtwerke Leipzig*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-56/21 – *TEAG*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-58/21 – *Stadtwerke Hameln Weserbergland*, Rz 79 ff; EuG 20. 12. 2023, T-59/21 – *eins energie in sachsen*, Rz 79 ff; EuG 20. 12. 2023, T-60/21 – *Naturstrom*, Rz 80 ff; EuG 20. 12. 2023, T-62/21 – *GGEW*, Rz 82 ff; EuG 20. 12. 2023, T-64/21 – *Mainova*, Rz 94 ff; EuG 20. 12. 2023, T-65/21 – *enercity*, Rz 92 ff.

67 MwN zur dt Rechtslage *Thomas in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht III<sup>6</sup> § 37 GWB Rz 272.

68 KOG 21. 3. 2007, 16 Ok 1/07 – *Haftungsverbund III*, Rz 2.2.

69 Ebd Rz 2.5.