

Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des OGH

Georg Schima, Wien

Übersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Der „Postbus-Beschluss“ des OGH vom 10. 3. 2003
- III. Eigene Auffassung
 - A. Konzernbegriff und Konzernvermutung
 - B. Der Konzernbegriff des § 41 Abs 3 KartG („kartellrechtliches Konzernprivileg“)
 - C. „Konzern-tauglichkeit“ von Gebietskörperschaften und sondergesetzliche Beschränkungen der Konzernierung
 - D. Ergebnisse

I. Vorbemerkung

Konzernrechtliche Fragen haben den Jubilar, dem ich viel verdanke, immer schon interessiert. Erinnerung sei an die Arbeit aus 1977 über wechselseitige Beteiligungen im Gesellschaftsrecht,¹⁾ an die sehr verdienstvolle Herausgabe eines Bandes zum deutschen Konzernrecht, der sich mit der Frage der Sinnhaftigkeit einer Übernahme deutscher Vorschriften ins österreichische Recht befasste,²⁾ an den Beitrag aus 1986 im Gefolge des zweiten deutsch-österreichischen Symposions zum Gesellschaftsrecht in Landshut,³⁾ an das Referat von *Peter Doralt* auf dem zehnten österreichischen Juristentag 1988⁴⁾ sowie an diverse Arbeiten der folgenden Zeit.⁵⁾

Sinnfälligen Ausdruck fand diese Vorliebe des Jubilars für das Konzernrecht nicht zuletzt darin, dass er sich im Rahmen des im Herbst 2003 erschie-

1) *Peter Doralt*, Die wechselseitige Beteiligung im Gesellschaftsrecht, ÖStZ 1977, 48 ff.

2) *Peter Doralt* (Hrsg.), Deutsches Konzernrecht – Überlegungen zur Rezeption in Österreich (1985).

3) *Peter Doralt*, Zum Grundkonzept eines österreichischen GmbH-Konzernrechts, in *Hommelhoff/ Semler/Doralt/Roth* (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzern – Zweites Deutsch-Österreichisches Symposium zum Gesellschaftsrecht in Landshut (1986) 1 ff.

4) *Peter Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, Verhandlungen des 10. ÖJT (1988) Band II/1, 1 ff.

5) Vgl *Peter Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, ZGR 1991, 252 ff; *Peter Doralt*, Das Recht des öffentlichen Übernahmeangebots in Österreich, FS *Kropff* (1997) 53 ff.

nenen zweibändigen AktG-Kommentars⁶⁾ die Kommentierung des § 15 AktG „vorbehielt“.

Dieses Interesse *Peter Doralts* für mit dem Konzern und dem Konzernbegriff verbundene Fragestellungen teile ich seit längerem, wenn ich mich auch bislang der Problematik eher von einer anderen Seite angenähert hatte.⁷⁾ Was liegt daher mehr auf der Hand, als sich in einer Festschrift für *Peter Doralt* mit einem konzernrechtlichen Thema zu befassen?

Dem Reiz, dass der Gefeierte einen solchen Beitrag vermutlich sehr rasch lesen würde, steht das gesteigerte Risiko gegenüber, gerade bei ihm Widerspruch zu ernten.

Besonders lohnend schien mir die Behandlung eines im Schnittpunkt zwischen Gesellschaftsrecht und Kartellrecht gelegenen Problems, nämlich die Auseinandersetzung mit Inhalt und Reichweite des so genannten kartellrechtlichen „Konzernprivilegs“ in § 41 Abs 3 KartG. Gesteigerte Aktualität erlangte dieses Thema durch den Beschluss des OGH vom 10. 3. 2003⁸⁾ betreffend den Erwerb der Österreichische Postbus Aktiengesellschaft (ÖPAG) durch die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) von der Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft (ÖIAG). In diesem Beschluss wies das Höchstgericht den Antrag der ÖIAG (dem die ÖBB beigetreten waren) ab, es möge festgestellt werden, dass der geplante Erwerb einer Mehrheit der Anteile an der Österreichische Postbus AG durch die ÖBB in Anwendung des § 41 Abs 3 KartG nicht der Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 41 ff KartG unterliege.

Dabei handelt es sich um die erste profunde Befassung des OGH mit § 41 Abs 3 KartG. Die Auseinandersetzung mit diesem Höchstgerichts-Erkenntnis bildet daher auch den roten Faden des vorliegenden Beitrages.

II. Der „Postbus-Beschluss“ des OGH vom 10. 3. 2003

Im Folgenden sollen die Ausführungen des OGH in seinem Beschluss vom 10. 3. 2003⁹⁾ wieder gegeben werden, wobei eine zu knappe Darstellung der Förderung des Verständnisses nicht zuträglich wäre und der Verfasser daher den ihm von den Herausgebern großzügigerweise gewährten Freiraum extensiv nützt.

A. Die österreichische Bundesregierung hatte im Ministerrat vom 14. 5. 2002 beschlossen, den Bundesminister für Finanzen zu ermächtigen, die zu 100% im Eigentum des Bundes stehende ÖIAG zu beauftragen, 100% der

6) *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I./§§ 1 bis 124 und II./§§ 125 bis 273 (2003).

7) Vgl. *G. Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114 ff; *G. Schima*, Ausbau der Belegschaftsvertretung im Konzern durch die ArbVG-Novelle 1993, RdW 1993, 308 ff; *G. Schima*, Rechtsträgerübergreifende Unternehmen im österreichischen Betriebsverfassungsrecht?, RdW 1994, 81 ff; *G. Schima*, Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?, RdW 1994, 352 ff.

8) OGH 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02 = *ecolx* 2003, 919 = *GesRZ* 2003, 170 ff.

9) 16 Ok 20/02.

Aktien der Österreichische Postbus AG (im Folgenden als „ÖPAG“ bezeichnet) an die ÖBB abzugeben. Ein dementsprechender Beschluss samt Auftrag an den Vorstand war in der Hauptversammlung der ÖIAG am 6. 6. 2002 gefasst worden.¹⁰⁾

Der BMF berichtete im Ministerrat, dass schon 1988 eine eigene „Bundesbus-Geschäftsstelle“ gegründet worden sei, um die Busdienste zu koordinieren. Diese Maßnahme sei jedoch gescheitert und die Bundesbus-Geschäftsstelle wieder aufgelöst worden.

Mit der Zusammenführung der beiden Busdienste bei der ÖPAG und der ÖBB sollten Parallelleistungen zwischen Bahn und Post abgebaut, ein integriertes Verkehrskonzept gemeinsam mit den Verbundorganisationen und anderen Anbietern im öffentlichen Nahverkehr entworfen, die Eigenwirtschaftlichkeit gesteigert und eine Erhöhung des Kundennutzens durch Tarifvereinfachungen, Verkürzung der „door-to-door-Zeit“ etc erreicht werden.

Der Vorstand der ÖBB habe, so der BMF im Vortrag an den Ministerrat, 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 Leitung¹¹⁾ und unter Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Eigenständigkeit sowie der Regionalstruktur der Österreichischen Postbus AG als Tochter der ÖBB zu optimieren.“*

B. 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 und sich auch an der organisatorischen Eingliederung der Busdienste in die Betriebe Bahn und Post nichts ändern solle.

In einem Schreiben des damaligen Bundesministers für Wissenschaft, Verkehr und Kunst vom 22. 1. 1997 an den Vorstand der ÖBB hieß 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 Einflußmöglichkeit¹²⁾ mehr. Folgedessen wurde in der Geschäftsordnung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Verkehr und Kunst die Bundesbusgeschäftsstelle zum 31. Dezember 1996 aufgelöst. Die Koordination der Linien-Autobusdienste ist durch die Verkehrsverbände gewährleistet und sollte*

10) Ergänzend ist anzumerken, dass die ÖIAG selbst erst knapp davor 100% der Anteile an der ÖPAG von der Österreichische Post AG, nämlich im Zuge der Poststrukturgesetz-Novelle 2000, BGBl I 2001/10, erworben hatte. Die ÖPAG war durch Abspaltung aus der Österreichische Post AG entstanden.

11) Hervorhebung durch den Verfasser.

12) Hervorhebung durch den Verfasser.

durch eine Koordination und Kooperation zwischen den beiden Unternehmen ergänzt werden.“

Anschließend erwähnte das Höchstgericht jene – schon von der Unterinstanz (OLG Wien) festgestellten – Fälle, in denen ÖPAG und ÖBB in der Vergangenheit nicht koordiniert vorgegangen, sondern gegeneinander am Markt aufgetreten seien.

C. Die ÖIAG beantragte, festzustellen, dass der geplante Erwerb einer Mehrheit der Anteile der ÖPAG durch die ÖBB¹³⁾ nicht der Zusammenschlusskontrolle der §§ 41 ff KartG unterliege.

Die ÖIAG argumentierte, dass sämtliche Anteile an der ÖPAG im Eigentum der ÖIAG und diese wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes stünden, der gleichzeitig 100% an den ÖBB halte. Infolge der Eigentümeridentität beider Gesellschaften handle es sich beim geplanten Erwerb nicht um eine Unternehmenskonzentration, sondern bloß um eine „*Maßnahme der unternehmerischen Reorganisation*“, die nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliege. Bereits bisher sei eine einheitliche Leitung vorhanden gewesen, weil der öffentliche Nahverkehr „*von den betroffenen Bundesministerien konsensual wahrgenommen*“ werde. Die staatlichen Busdienste seien seit jeher als Unternehmungen gesehen worden, „*für die in letzter Konsequenz eine einheitliche Leitung bestehe*“. Trotz der Ressortverteilung sei die Bundesregierung sehr wohl „*in der Lage, eine einheitliche wirtschaftliche Leitung über ÖBB und ÖPAG auszuüben*“ und sie übe diese auch aus, wie der Ministerratsbeschluss vom 14. 5. 2002 zeige. Dass Tarifgestaltung und Beförderungsbedingungen nicht in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe koordiniert würden, liege daran, dass diese Materien äußerst eng durch das Kraftfahrlineiengesetz (KfIG) und das ÖPNRV-Gesetz geregelt seien und die Beförderungstarife und Beförderungsbedingungen weitgehend von den Verkehrsverbundorganisationen vorgegeben würden.

D. Der Bundeskartellanwalt vertrat die Ansicht, dass unter Bedachtnahme auf das Gemeinschaftsrecht der geplante Vorgang der Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 41 ff KartG unterliege; die Bundeswettbewerbsbehörde schloss sich im Wesentlichen der Rechtsansicht der ÖIAG an. Die Bundesarbeitskammer meinte, es gäbe „*bei einer wirtschaftlichen Betrachtung gute Gründe, das Vorhaben als interne Reorganisation zu bewerten*“, weil der Beschluss des Ministerrats „*nur bei entsprechendem beherrschendem Einfluß möglich*“ sei, wie er eben von der Konzernobergesellschaft bei konzerninternen Umstrukturierungen ausgeübt werde.

E. Die sich dem Verfahren anschließenden und gleichzeitig Gegenanträge stellenden Mitbewerber der ÖPAG und der ÖBB beantragten die Feststellung, dass die beabsichtigte Übernahme der ÖPAG durch die ÖBB ein Zusammenschluss sei. Die ÖBB und die ÖPAG arbeiteten operativ völlig selbstständig und seien in weiten Bereichen als Wettbewerber tätig. Sie hätten einander nicht nur in Konzessionsverfahren konkurrenziert, sondern

13) Letztlich erwarben die ÖBB 100% der ÖPAG – freilich mit dem von der Bundesregierung erteilten Auftrag, „30% des Geschäftes“ an private Anbieter abzugeben. Darüber, welche Unternehmensbereiche (Linien) abgegeben werden, ließ sich bis zur Drucklegung keinerlei Einigung erzielen.

auch in den regionalen Verkehrsverbänden widerstreitende Interessen vertreten, sodass von einer „*einheitlichen Leitung*“ nicht gesprochen werden könne. So hätten die ÖBB beim Postbus-Streik „*in keiner Region ausgeholfen, ausgefallene Linien der ÖPAG zu ersetzen*“. Bei der Privatisierung eines Verkehrsunternehmens mit 300 Autobussen, das unter anderem die Strecke Wien – Bratislava in Konkurrenz mit den ÖBB bediente, hätten ÖBB und ÖPAG getrennte Angebote abgegeben.

Die ÖBB beantragten, dem Antrag der ÖIAG Folge zu geben, nicht dagegen den Anträgen der Mitbewerber.

F. Das Erstgericht (OLG) wies den Antrag der ÖIAG ab und gab dem Antrag der Mitbewerber statt, dass der Wert der Anteilsmehrheit an der ÖPAG durch die ÖBB einen Zusammenschluss nach Art¹⁴⁾ 41 Abs 1 Z 3 KartG bilde. Es bestehe keine einheitliche Leitung iSd § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG bzw § 115 GmbHG. Der Zusammenschluss könne daher nicht als konzerninterne Maßnahme unternehmerischer Reorganisation verstanden werden, und das „Konzernprivileg“ sei auf den vorliegenden Sachverhalt folgerichtig nicht anzuwenden.

Das OLG Wien bezog sich auf § 8 Abs 1 ÖIAG-G und meinte, dass die ÖIAG nur zur Erreichung des Ziels der Herstellung möglichst günstiger Voraussetzungen für die Privatisierung Weisungen erteilen und Richtlinien erlassen könne. Die ÖIAG falle in den Zuständigkeitsbereich des BMF, die ÖBB dagegen in den Zuständigkeitsbereich des BMVIT.¹⁵⁾

Anders als der 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. Eine solche liege dann vor, „*wenn die Aktivitäten verschiedener rechtlich selbstständiger Unternehmer durch entsprechende Einflußnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert würden, daß dies der möglichen Leitungsstruktur eines einheitlichen Unternehmens entspräche*“. Auch wenn ein Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen iSd § 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 wäre diese Vermutung widerlegbar.

In den Verkehrsverbänden werde die Regelung zwischen Bahn, Postbus und anderen Unternehmen auf Grund „*autonomer Erklärungen*“ der einzelnen Unternehmen herbeigeführt. Eine einheitliche Leitung sei dabei nicht feststellbar und die Koordinierung der beiden Busdienste durch eine „Bundesbus-Geschäftsstelle“ gescheitert. Vielmehr ergäbe sich gerade aus dem Vorhaben der Bundesregierung, dass die einheitliche Leitungsstruktur erst durch die beabsichtigte Zusammenführung der beiden Busdienste geschaffen werden solle.

14) Gemeint offenbar: § 41 Abs 1 Z 3 KartG.

15) Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie.

Schließlich sei nach § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000¹⁶⁾ 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 – umso weniger zwischen Beteiligungsgesellschaften der ÖIAG und anderen im Eigentum des Bundes stehenden Unternehmen angenommen werden.

G. Der OGH stellte bei seiner Prüfung zunächst fest, dass auf den vorliegenden Fall ausschließlich die nationalen österreichischen Vorschriften über die Fusionskontrolle zur Anwendung kämen, nicht dagegen die teilweise abweichenden gemeinschaftsrechtlichen Fusionskontrollbestimmungen.¹⁷⁾ Auch den Vorschriften des deutschen GWB und des deutschen Aktienrechts und der dort verwendeten Konzernterminologie komme klarerweise keine unmittelbare Bedeutung zu, doch könnten in Deutschland geäußerte literarische Überlegungen auch für die Beurteilung des vorliegenden Falles auf ihre Übertragbarkeit geprüft und gegebenenfalls herangezogen werden.

Weiters verwarf der OGH das Argument der ÖBB, im Bereich des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs könne die Fusionskontrolle schon mangels Vorhandenseins eines relevanten Marktes (Fehlens einer markttypischen Preisbildung, Inexistenz substituierbarer Dienstleistungen etc) nicht anwendbar sein. Denn im vorliegenden Verfahren gehe es um die Frage, ob überhaupt ein Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 KartG vorliege und nicht darum, wie ein solcher Zusammenschlusstatbestand nach § 42b KartG zu bewerten sei.¹⁸⁾

Der OGH grenzte den von ihm zu untersuchenden „Stoff“ folgendermaßen ab:

Es sei erstens zu prüfen, welchen Umfang die Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG im Allgemeinen habe und was unter dem Vorliegen eines Konzerns in diesem Zusammenhang zu verstehen sei. Zweitens müsse geklärt werden, was dies für den Bereich der öffentlichen Hand bedeute und drittens, inwieweit im vorliegenden Fall von einem Konzern iSd § 41 Abs 3 KartG gesprochen werden könne und welche Bedeutung den unmittelbar die „Konzern- bzw Zusammenschlußfrage“ betreffenden Sonderregelungen des ÖIAG-G 2000 zukomme.

H. Einleitend stellte der OGH fest, es gehe vorrangig um die Frage der Auslegung des Konzernbegriffs und *vor allem darum, ob dieser eine tatsächliche Herrschaftsausübung durch einheitliche Leitung verlange oder schon die Möglichkeit einer solchen Leitung ausreiche.*

16) BGBl I 2000/24.

17) Dies war im vorliegenden Zusammenhang unstrittig (vgl KOG 9.12. 1996, SZ 69/273 = wbl 1997, 171; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht 164).

18) An sich ist dieses Argument mE in Bezug auf den öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr und die damals bzw derzeit (noch) herrschenden Verhältnisse durchaus relevant (die ÖBB konnten sich bei dieser Auffassung auch auf ein sehr prominentes Kartellrechtsgutachten stützen); dem Höchstgericht ist aber zuzustimmen, dass dieser Einwand im Feststellungsverfahren ohne Belang war.

Der Begriff der „Verbundenheit“ von Unternehmen sei nach dem KartG unter drei verschiedenen Aspekten relevant: Sie diene einerseits dazu, die Anzahl der potenziell selbstständig im Wettbewerb auch gegeneinander agierenden Unternehmen einzugrenzen (1. Aufgriffsschwelle), zweitens diene die „Verbundenheit“ der Festlegung jenes Bereiches, „in dem eine weitere relevante Einengung des Wettbewerbspotentials zwischen verbundenen Unternehmen ohnehin nicht mehr zu erwarten“ sei, weil in relevanten Fragen keine Selbstständigkeit mehr gegeben sei (2. Obergrenze). Dies sei – so das Höchstgericht – wohl jene Bedeutung, die der „Verbundenheit“ im Rahmen der Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG zukomme.

Schließlich sei die Verbundenheit auch bei der Bewertung der Bedeutung des Zusammenschlusses maßgebend, weil diese entsprechend der Zusammenrechnungsregel des § 2 a KartG bemessen werden müsse (3. Bewertungsaufgabe).¹⁹⁾ Aus der Entscheidung vom 9. 12. 1996²⁰⁾ ließe sich wenig zur Frage der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG ableiten, weil der OGH damals § 2 a KartG auszulegen gehabt und ausgeführt hätte, dass es für die Zusammenrechnung der Umsatzerlöse keiner einheitlichen Leitung der beteiligten Unternehmen bedürfe.²¹⁾ Das Höchstgericht habe freilich schon damals festgehalten, dass eine 100%-ige Beteiligung regelmäßig eine Beherrschung ermögliche.

Auch die Entscheidung vom 17. 12. 2001²²⁾ vermöge die Rechtsansicht der ÖIAG nicht zu stützen, weil sie zur „Untergrenze“²³⁾ der Zusammenschlusskontrolle ergangen sei.

Der OGH schloss diese Ausführungen daher mit der – zweifellos zutreffenden – Feststellung, er habe sich bislang mit der hier maßgebenden Frage der Abgrenzung des Konzernbegriffs unter dem Aspekt des § 41 Abs 3 KartG noch nicht detailliert auseinander gesetzt.

I. Sodann wandte sich der OGH § 41 Abs 3 KartG zu und meinte, der Grund für die Ausnahmebestimmung bestehe einerseits darin, dass Veränderungen der Machtverhältnisse mit konzerninternen Vorgängen nicht verbunden seien²⁴⁾ und es sich andererseits ohnehin um eine als Einheit am Markt agierende Unternehmensgruppe handle. *Koppensteiner*²⁵⁾, der an das Kriterium der Veränderung der Machtverhältnisse anknüpfe, sehe den in

19) Vgl OGH 1. 3. 1999, wbl 1999, 282 = *ecolex* 1999, 407 f mit Anm *Wessely/Wolf*, Fusionskontrolle: Von Müttern, Töchtern und Schwestern, *ecolex* 1999, 403 ff.

20) OGH 9. Dezember 1996, wbl 1997, 171.

21) Vgl zur Unterscheidung zwischen § 2 a KartG und § 41 Abs 3 KartG OGH 1. 7. 2002, 16 Ok 2/02.

22) OGH 17. 12. 2001, 16 Ok 9/01 = *ecolex* 2002, 194 mit Anm *Wollmann* = *RWZ* 2002, 106 mit Anm *Wenger* = wbl 2002, 231 ff = *ÖBl* 2002, 193 ff. Der OGH selbst zitierte die E fälschlicherweise (und das gleich mehrmals) mit 7. 12. 2001, wie überhaupt die für ein Höchstgerichts-Erkenntnis ungewöhnlich hohe Zahl der Fehlzitate, Verwendung nicht aktueller Auflagen von Fachliteratur oder gar Zitierung von (deutschen) Gesetzen in längst nicht mehr aktueller Fassung auffällt.

23) Gemeint ist, das, was der OGH knapp davor als „Aufgriffsschwelle“ bezeichnet hatte.

24) Vgl *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, 255 ff.

25) Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, 255 ff.

§ 41 Abs 3 KartG enthaltenen Verweis auf § 15 AktG bzw § 115 GmbHG als zu eng gefasst. So existiere zB bei Einbringung eines im eigenen Namen geführten Betriebes eines Unternehmers in eine allein gehaltene Tochtergesellschaft davor kein Konzern, doch könne ein Zusammenschluss iSd §§ 42 ff KartG dessen ungeachtet nicht vorliegen, sondern bloß eine „*unternehmerische Reorganisationsmaßnahme*“. § 41 Abs 3 KartG müsse auf solche Fälle analog angewendet werden.

In der Folge befasste sich der OGH mit diversen Lehrmeinungen zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff, weil § 41 Abs 3 KartG unmittelbar auf den „gesellschaftsrechtlichen“ Konzernbegriff des § 15 AktG und § 115 GmbHG verweise. Insbesondere versuchte der OGH die unterschiedlichen Akzentuierungen im österreichischen Schrifttum bei der Beantwortung der Frage herauszuarbeiten, ob es für den Konzern der tatsächlichen Ausübung der einheitlichen Leitung (Beherrschung) bedürfe²⁶⁾ oder ob schon die Beherrschungsmöglichkeit ausreiche.²⁷⁾

J. Sodann ging der OGH zu einer Befassung mit dem deutschen Konzernbegriff und dem „deutschen Konzernprivileg“ über. Interessant sei, so das Höchstgericht –, „*daß die Regelung des § 17 Abs 2 dAktG und des § 15 Abs 2 öAktG und jene des § 18 dAktG sowie § 15 Abs 1 öAktG gewisse Ähnlichkeiten aufweisen*“. Weiters heißt es: „*Das GWB sieht im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle in § 36 Abs 2 ebenfalls eine ‚Konzernklausel‘ vor und nimmt abhängige oder herrschende Unternehmen iSd § 17 des dAktG und Konzernunternehmen iSd § 18 dAktG von der Zusammenschlußkontrolle aus*“²⁸⁾. Nach § 17 Abs 2 dAktG sei die Ausübung eines beherrschenden Einflusses nicht erforderlich, sondern es reiche die bloße Möglichkeit der Einflussnahme. Die „*Beherrschung*“²⁹⁾ selbst wird bei mehrheitlicher Beteiligung vermutet, während für einen Konzern iSd § 18 des dAktG auch der Nachweis der Ausübung einer einheitlichen Leitung erforderlich ist, also eine intensivere Stufe der Abhängigkeit“

Eine Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs 2 dAktG – so der OGH – könne nur „*durch den Nachweis der mangelnden Möglichkeit der Besetzung durch*“³⁰⁾ Vorstand und Aufsichtsrat sowie fehlender sonstiger Beherrschungsmöglichkeiten“ erbracht werden.³¹⁾

Der folgende Satz verdient es, wegen seiner exemplarischen Missverständlichkeit wörtlich zitiert zu werden: „*Als Ergebnis ist festzuhalten, daß in der BRD für die Ausnahme von der Zusammenschlußkontrolle bereits eine Beherrschungsmöglichkeit ausreicht.*“

26) So grundsätzlich Krejci, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA zum 10. ÖJT 1988, 244ff: Widerlegbare Konzernvermutung; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 31 f; Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 15 und 17 (Konzernvermutung bei Abhängigkeit); Doralt/Kalss, Konzernrecht und Kapitalmarkt in Österreich, in Hommelhoff/Hopt/Lutter (Hrsg), Konzernrecht für Europa 179.

27) So insbesondere Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 21.

28) Auf diese – so keinesfalls richtige – Darlegung ist unten noch einzugehen.

29) Richtig sollte es heißen: „*Abhängigkeit*“.

30) Richtig soll es wohl heißen: „*von*“.

31) Der OGH verwies dabei auf Immenga/Mestmäcker (Hrsg), GWB³ § 36 Rz 35 (1314), Rz 49 (1319) und Rz 59f (1323).

K. Die österreichische Diskussion zum Konzernbegriff vermittele – so der OGH – einen „*uneinheitlichen Eindruck*“. Es scheine so zu sein, dass Autoren, die tatsächliche „*einheitliche Leitung*“ für das Vorliegen eines Konzerns als wesentlich erachteten, geringere Anforderungen an das Vorhandensein einer solchen einheitlichen Leitung stellten als jene Autoren, die bloß auf „*Beherrschung*“³²⁾ abstellten. Auffallend sei, dass im Rahmen der neueren Gesetzgebung bei der Erfassung des Konzernproblems regelmäßig die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche.³³⁾

Sodann heißt es im OGH-Beschluss wörtlich: „*Im methodischen Ansatz schließt sich der Oberste Gerichtshof jedenfalls im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Gesellschaftsrecht und Kartellrecht der am Zweck der Bestimmungen orientierten Interpretation des Konzernbegriffes (Jabornegg, aaO; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht², 16 ua) an*“.³⁴⁾

L. Sodann widmete sich der OGH der – im vorgegebenen Zusammenhang wohl zentralen – Frage, „*welcher Zweck den Regelungen im Rahmen des Kartellrechts zukommt, bzw in wie weit sich dieser vom Gesellschaftsrecht unterscheidet*.“

Der wesentliche Zweck der Zusammenschlusskontrolle bestehe – so das Höchstgericht – darin, präventiv das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur zu fördern, die einen funktionierenden Wettbewerb verspräche.³⁵⁾ Es gehe also um die „*Beurteilung des Wettbewerbspotentials*“, im Aktienrecht dagegen um den „*Schutz des beherrschten Unternehmens, der Aktionäre und der Gläubiger*“.

Aus dieser unterschiedlichen Zielsetzung werde in Deutschland abgeleitet, „*dass der Fusionskontrolle ein weiter gefasster ‚Verbundbegriff‘ zugrunde liege, für den die Fähigkeit ausreiche, dem anderen Unternehmen den Spielraum für seine wettbewerblichen Aktivitäten zuweisen zu können*.“³⁶⁾

Auch in Österreich sei der OGH im Zusammenhang mit der Prüfung des Beherrschungsbegriffes in § 41 Abs 1 KartG von einem weiteren kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff ausgegangen, für den schon die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche. Für die Beherrschung genüge es, dass die wesentlichen Markt- und Wettbewerbsstrategien bestimmt würden und die eigenen wettbewerblichen Interessen durchgesetzt werden könnten.³⁷⁾

32) Gemeint wohl: Beherrschungsmöglichkeit.

33) Der OGH verwies dabei auf § 244 HGB, § 22 Abs 2 ÜbG, § 92 Z 2 BörseG und § 30 BWG.

34) Dieser Satz ist geradezu ein Buch mit sieben Siegeln und wird durch die beiden Zitate nicht klarer.

35) Vgl OGH 1. 7. 2002, 16 Ok 2/02 mwN; OGH 17. 12. 2001 (vom OGH selbst fälschlich mit 21. 12. 2001 zitiert), 16 Ok 8/01 = wbl 2002, 138 = ÖBI-LS 2002, 126 = RWZ 2002, 106; Barfuss/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht 111; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht 147; Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, 249 f.

36) Der OGH verwies dabei auf Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker (Hrsg), GWB³ § 36 Rz 51 ff (1320).

37) OGH 17. 12. 2001, 16 Ok 9/01. Der OGH fügte in Bezug auf diese Entscheidung hinzu, dass dort zwar die tatsächliche Beherrschung erwähnt, es aber nicht um die Auslegung des Konzernprivilegs des § 41 Abs 3 KartG gegangen sei.

Als (Zwischen-)Ergebnis sei festzuhalten, „daß die Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Konzernregelungen und jene der kartellrechtlichen Bestimmungen unterschiedlich“ sei.³⁸⁾

Dies spräche dafür, auch § 41 Abs 3 KartG insgesamt und die in § 15 AktG festgehaltenen Charakteristika des zu erfassenden Phänomens „Konzern“ und deren Gewichtung zueinander vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Regelungen zu interpretieren.

M. Schließlich wendete sich der OGH dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle zu, der bei der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG als spezifisch-kartellrechtlicher Zweck maßgebend sei. Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle sei die Erhaltung einer Marktstruktur mit möglichst hoher Anzahl an „selbstständigen“ Marktteilnehmern.³⁹⁾ Es gehe also um das „Potential zum Wettbewerb“ und nicht um das konkrete Verhalten der Marktteilnehmer. Was als relevante Veränderung des Potenzials im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle angesehen werden könne, ergäbe sich wohl daraus, wo der Gesetzgeber selbst die Untergrenze für den Beginn der Zusammenschlusskontrolle ansetze. Für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes der Beteiligung (§ 41 Abs 1 Z 3 KartG: über 25%) sei bekanntlich nicht auch noch der Nachweis eines beherrschenden Einflusses notwendig.⁴⁰⁾ Es gehe um einen „abstrakten Gefährdungstatbestand“. Wie groß die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten seien bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen wäre, sei in einem zweiten Prüfungsschritt zu untersuchen, bei dem es um die Frage gehe, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehe oder verstärkt werde. Der „Einstieg in die Zusammenschlußkontrolle“ werde also von abstrakten Prüfungskriterien abhängig gemacht. Die bloße Wahrnehmung von bereits bisher auf Grund von Gesellschaftsrechten zustehenden Möglichkeiten könne aber unter keinen der Zusammenschlusstatbestände des § 41 KartG subsumiert werden. § 41 KartG erfasse nur den konkreten Rechts- oder Herrschaftserwerb, und auch § 41 Abs 1 Z 5 KartG erfordere den Erwerb einer zusätzlichen Beherrschungsmöglichkeit.⁴¹⁾

Daraus ergäbe sich, so der OGH, „daß die Ausübung bestehender gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse regelmäßig nicht der Zusammenschlußkontrolle unterliegt. Daher schließt sich der Oberste Gerichtshof der Ansicht von Koppens-

38) Zur Problematik der möglichen unterschiedlichen Bedeutungen des Konzernbegriffes verwies der OGH auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*⁵, 32; *Gruber*, *Der Konzernbegriff*, in *Doralt* (Hrsg) *Deutsches Konzernrecht* 9; *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), *GWb*³ § 36 Rz 50 (1319).

39) Vgl OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 9/02 = ÖBl 2003, 280 ff.

40) Vgl OGH 17. 12. 2001, 16 Ok 9/01 = *ecolex* 2002, 194 mit Anm *Wollmann* = *RWZ* 2002, 106 mit Anm *Wenger* = *wbl* 2002, 231 ff = ÖBl 2002, 193 ff; OGH 1. 7. 2002, 16 Ok 2/02. Außerdem verwies der OGH auf die „überwiegende deutsche Lehre zum vergleichbaren Tatbestand des § 23 Abs 2 GWB“ und meinte damit offensichtlich § 37 Abs 1 GWB, weil das deutsche GWB mit der Novelle 1999 völlig neu gegliedert und durchnummeriert wurde.

41) Vgl *Barfuss/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht* 117.

ner an, daß das entscheidende Kriterium die Veränderung der internen Machtverhältnisse⁴²⁾ ist und nicht das Auftreten am Markt⁴³⁾.“

N. In einem weiteren Prüfungsschritt widmete sich der OGH der Bedeutung des Konzernbegriffs in § 41 Abs 3 KartG und führte aus, dass bei (eben argumentierter) Zugrundelegung der Relevanz der durch den Zusammenschluss bewirkten Veränderung der Machtverhältnisse es nahe liege, „im Rahmen des Ausnahmetatbestandes des § 41 Abs 3 KartG beim Konzernbegriff auf die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflußnahme abzustellen.“ Denn es stehe der herrschenden Gesellschaft ja jederzeit offen, ihre Kontrolle zu verstärken und die beherrschten Tochter- oder Enkelgesellschaften zu einer einheitlichen Leitung zusammen zu führen.⁴⁴⁾ Dies habe jedenfalls insoweit zu gelten, als die gesellschaftsrechtliche Position so stark sei, dass die herrschende Gesellschaft mit Maßnahmen, die nicht selbst als Zusammenschluss nach § 41 Abs 1 und 2 KartG zu prüfen wären, das Wettbewerbsverhalten der beherrschten Gesellschaft maßgeblich beeinflussen könne. Dies gelte insb für Satzungsänderungen, mittels derer qualifizierte Konzernklauseln vorgesehen werden könnten, die der Vorstand zu beachten habe.⁴⁵⁾ Grundsätzlich könnten zwischen zwei Unternehmen auch mehrere Zusammenschlüsse (zB die Erhöhung einer 25% übersteigenden Beteiligung auf über 50%) stattfinden, aber eine „vollständige und endgültige Abhängigkeit“ auf Grund einer gesellschaftsrechtlichen Position sei jedenfalls bei einer 75% übersteigenden Beteiligung anzunehmen.

Ein relevanter zusätzlicher Herrschaftserwerb sei zumindest bei einer 100%-igen Tochtergesellschaft im Allgemeinen schwer vorstellbar.

Ausgehend davon, dass beim für die Auslegung des § 41 Abs 3 KartG maßgebenden Konzernbegriff auch der bloßen Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme Bedeutung zukommen könne, sei § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG dahin zu verstehen, „daß neben der einheitlichen Leitung von Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken (§ 15 Abs 1 AktG) und der sonstigen Beherrschung (zweiter Fall des § 15 Abs 2 AktG) der gesellschaftsrechtlichen Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen (erster Fall des § 15 Abs 2 AktG) ein solches Gewicht zukommen kann, daß es gerechtfertigt ist, deren Verhältnis zueinander unabhängig von einer konkreten einheitlichen Leitung als Konzernverhältnis anzusehen.“ Diese beiden hätten somit als Konzern zu gelten. Zwischen 100%-igen Tochter- und Enkelgesellschaften und ihrer Muttergesellschaft sei also jeweils von einem Konzern im Sinne der „Fiktion“ des § 15 Abs 2 AktG iVm § 41 Abs 3 KartG auszugehen.

Da das Zusammenschlussrecht und das Kartellaufsichtsrecht die „konzerninterne Interessenverfolgung von ihrer Kontrolle ausnehmen“ und mit einer gemeinsamen Muttergesellschaft auch ein „gemeinsamer Anknüpfungspunkt“ bestehe, „kann auch eine Verschiebung zwischen 100%-igen Tochter- oder Enkel-

42) Vgl Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³, 254.

43) IdS Barfuss/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht 120.

44) Vgl Stockenhuber, Die europäische Fusionskontrolle 77.

45) Der OGH verwies dabei auf *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA zum 10. ÖJT (1988) 275 ff, 277, 378.

gesellschaften als interne Reorganisationsmaßnahme als vom Ausschluss des § 41 Abs 3 KartG erfasst angesehen werden.“⁴⁶⁾

O. Mit dieser – wie zu zeigen sein wird, nicht überzeugenden – Argumentationskette wäre dem Antrag der ÖIAG stattzugeben gewesen. Doch der OGH hatte noch einen Teil der Begründungsarbeit vor sich, musste er sich doch mit dem Thema „der Staat als Konzerninhaber“ und den gegebenenfalls anzuwendenden sondergesetzlichen Bestimmungen befassen.

Einleitend stellte der OGH fest, dass Lehre und Rechtsprechung die „öffentliche Hand“ unter Konzernaspekten gleich wie private Unternehmen behandelten und der wirtschaftliche Zweck eines Konzerns in der Erbringung jeder wirtschaftlich werthafter Leistung liegen könne. *Krejci*⁴⁷⁾ habe freilich darauf hingewiesen, dass bei Annahme einer widerlegbaren Konzernvermutung in Bezug auf die öffentliche Hand regelmäßig vom Fehlen einer einheitlichen Leitung auszugehen sei⁴⁸⁾, weshalb es gerechtfertigt wäre, wenn der Gesetzgeber dort eingreife, wo er eine Konzernierung der verstaatlichten bzw ausgegliederten Unternehmen wünsche.

Weiters verwies der OGH auf die „Mitteilung“ der EU-Kommission⁴⁹⁾, in der der Begriff des Zusammenschlusses im Rahmen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) dahingehend erläutert würde, dass interne Reorganisationen einer Unternehmensgruppe keinen Zusammenschluss bildeten. Wenn übernehmendes und übernommenes Unternehmen im Eigentum ein- und desselben Staates stünden, sei dann von einer internen Reorganisation auszugehen, wenn diese Unternehmen schon bisher Teil derselben wirtschaftlichen Einheit gewesen seien. Das müsse verneint werden, wenn die beteiligten Unternehmen zu verschiedenen Gruppen mit jeweils autonomer Entscheidungsbefugnis gehört hätten. Wenn die beteiligten Unternehmen unter derselben Holdinggesellschaft angesiedelt seien, liege eine autonome Entscheidungsbefugnis aber in der Regel nicht vor.

Diese Gesichtspunkte – so der OGH – seien auch für das österreichische Kartellrecht maßgebend. Wesentlich sei, dass der Staat seine ihm auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Position zustehenden Machtbefugnisse – aus den verschiedensten Gründen wie zB „Entpolitisierung“ – dauerhaft so teilen und einschränken könne, dass eine Vereinheitlichung der Geschäftspolitik von den konkreten Entscheidungsträgern nicht wirksam zu erreichen sei.⁵⁰⁾ Zu erinnern wäre in diesem Zusammenhang andererseits, *„daß in Deutschland deshalb nur Unternehmensgesellschafter und nicht auch Privataktionäre im Rahmen des Konzernrechts erfasst werden, weil bei Unternehmensgesellschaftern befürchtet wird, daß sie ihre Machtposition zum Nachteil der beherrschten*

46) Vgl *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³, 256.

47) Partnerschaft, Verein, Konzern, GA zum 10. ÖJT (1988), 244 ff, 257.

48) Dies ist in der BRD freilich heftig umstritten und wird von prominenten Teilen des deutschen Schrifttums ganz anders, nämlich genau gegenteilig, gesehen (so insb *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH – Konzernrecht³ (2003) § 15 Rz 32 mwN zur Gemeinung in FN 87.

49) ABI C 66 vom 2. 3. 1998, S 5 ff.

50) Vgl *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht 250.

Gesellschaft für ihre sonstigen unternehmerischen Interessen ausnutzen könnten.“⁵¹⁾

Insoweit scheine es – so das österreichische Höchstgericht – nicht ausgeschlossen, beim Staat als „Konzerninhaber“ auch zu beachten, „in wie weit er zur Verfolgung bestimmter sonstiger Interessen etwa schon durch spezifische gesetzliche Regelungen eine Abstimmung des Wettbewerbs der betroffenen Unternehmen festlegt.“

Auf den Punkt brachte der OGH seine Sichtweise der „Konzern-tauglichkeit“ der öffentlichen Hand folgendermaßen: „Der Bund ist im Rahmen seiner verschiedenen Beteiligungen dann als Konzern iSd § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG anzusehen, wenn bereits eine einheitliche Leitung (§ 15 Abs 1 AktG) besteht oder wenn bei einer beherrschenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gesetzliche organisationsrechtliche Bestimmungen und sonstige gesetzliche Vorgaben der Festlegung einer einheitlichen Geschäftspolitik nicht entgegenstehen bzw.⁵²⁾ diese dadurch schon vorgegeben ist.“

P. Abschließend widmete sich der OGH der konkreten Beurteilung von ÖPAG, ÖIAG, Bund und ÖBB als Konzern iSd § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG unter Berücksichtigung des ÖIAG-G 2000 und stellte einleitend unter Verweis auf die Ausführungen des Erstgerichtes fest, dass eine einheitliche Leitung iSd § 15 Abs 1 AktG (gemeint: beim Bund) „bisher nicht errichtet“ worden sei.

Wolle man die oben gestellten Fragen beantworten, in wie weit die Errichtung einer solchen einheitlichen Leitung möglich wäre oder in wie weit die einheitliche Geschäftspolitik bereits durch sonstige gesetzliche Regelungen vorgegeben sein könnte, müsse man sich mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen der Geschäftspolitik der beteiligten Unternehmen befassen.

Betrachte man das öffentliche Personennah- und RegionalverkehrsG 1999 (ÖPNRV-G 1999)⁵³⁾, dann sähe man, dass nur der Schienenpersonenverkehr als Aufgabe des Bundes festgelegt sei, sonst hingegen von verschiedenen Verkehrsunternehmen ausgegangen werde, die im Rahmen der Verkehrsverbünde in so genannten Kooperationsgemeinschaften zusammengefasst seien. Die Regelungen für die Vermeidung von Parallelverkehren fänden auf die eigenwirtschaftlich, also ohne Finanzierungsbeiträge von Gebietskörperschaften betriebene Kraftfahrlinien offensichtlich keine Anwendung. Insoweit sei also der Wettbewerb nicht eingeschränkt.⁵⁴⁾

Zusammenfassend könne man – so der OGH – festhalten, „daß zwar offensichtlich zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden und im Interesse der Verkehrsteilnehmer koordinierten öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs

51) Dieser Befund des OGH trifft freilich nicht ganz zu (vgl die so genannte „Flick-Klausel“ in § 36 Abs 3 GWB).

52) Dieses „bzw“ soll offenkundig „oder“ heißen.

53) BGBl I 1999/104.

54) Als tatsächliche Analyse ist diese Einschätzung des OGH mE freilich wenig zutreffend. Denn in Wirklichkeit herrschte bzw herrscht – noch – auf dem öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsmarkt kaum relevanter Wettbewerb – ein Zustand, der sich im Zuge der immer mehr platzgreifenden Ausschreibung von Linienkonzessionen indes ändern wird.

gewisse Einschränkungen des Wettbewerbs im Bereich der Kraftfahrlinien getroffen wurden, diese Unternehmen aber nicht von der Möglichkeit der Erlangung neuer Konzessionen ausschließen, noch weniger von der Erzielung entsprechender wirtschaftlicher Ergebnisse aus dem Betrieb der Kraftfahrlinien. Eine besondere Abstimmung der Geschäftspolitik zwischen ÖBB und Postbus ist dadurch – wie auch die Feststellungen zeigen – ebenso wenig gewährleistet, wie etwa mit den an diesem Verfahren beteiligten Konkurrenten.“

Auch die gesetzlichen Vorgaben für die Geschäftspolitik seien unterschiedlich. Denn § 1 Abs 3 BundesbahnG (BBG) 1992 lege den Betriebszweck der ÖBB dahingehend fest, eine moderne und leistungsfähige Verkehrsbedienung zu gewährleisten, die den Anforderungen des Marktes, aber auch der Verkehrspolitik einschließlich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen entspreche (wobei § 12 BBG diesbezüglich auch Weisungsbefugnisse des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr⁵⁵⁾ enthalte); eine vergleichbare Regelung fehle jedoch bei der ÖPAG. Vielmehr lege das ÖIAG-G neben der Verwaltung und einem auf bestimmte Fälle eingeschränkten Erwerb weiterer Anteilsrechte die Privatisierung als wesentliche Aufgabe der ÖIAG fest. Damit dürfe eine den ÖBB ähnliche Berücksichtigung öffentlicher Aufgaben kaum vereinbar sein.

Weiters widmete sich der OGH der Frage der Intensität der organisatorischen Verknüpfung zwischen den beteiligten Gesellschaften und hob hervor, dass die Verwaltung der ÖIAG-Anteilsrechte in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministers für Finanzen falle, während die ÖBB zum Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ressortierten. Jeder Bundesminister sei für die ausschließlich ihm zugewiesenen Verwaltungsaufgaben grundsätzlich allein verantwortlich.

Wenngleich im BBG teilweise auch eine Mitwirkung des Bundesministers für Finanzen vorgesehen sei und ÖBB, ÖIAG und ÖPAG den Umstand der Bundshaftung für bestimmte Arbeitnehmer- und Pensionsforderungen gemeinsam hätten, müsse man „*insgesamt die organisatorische Verknüpfung als eingeschränkt beurteilen*“.

Sowohl die inhaltlichen gesetzlichen Vorgaben als auch die organisatorischen Rahmenbedingungen sprächen, so das Höchstgericht weiter, „*gegen die Möglichkeit einer effektiven Abstimmung der Geschäftspolitik der betroffenen Unternehmen im Sinne eines Konzerns*“.

Und weiter: „*Soweit daran noch Zweifel bestehen könnten (gemeinsame ‚Budgetverantwortung‘ der Bundesregierung), werden diese letztlich durch das ÖIAG-G ausgeräumt.*“

Nach dem alten ÖIAG-G 1987 hätten die im Anhang aufgezählten Unternehmen und die ÖIAG einen Konzern gebildet. Diese ausdrückliche Konzernklausel und die zunächst bestehende Richtlinienbefugnis sei im Zuge von Novellierungen des ÖIAG-G beseitigt worden. Der OGH verwies dabei auf den Bericht des Finanzausschusses⁵⁶⁾ zur ÖIAG-Gesetz-No-

55) Jetzt: Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie.

56) 1432 BlgNR 18. GP 2.

velle⁵⁷⁾, in dem es heißt: „Der bisherige Auftrag zur Konzernbildung gemäß § 2 Abs 1 ÖIAG-G in der bisherigen Fassung entfällt. Da sich die Weisungen und Richtlinien nur auf die optimale Vorbereitung von Privatisierungsvorgängen beschränken, fehlt es an der umfassenden Beherrschung und der für ein Konzernverhältnis erforderlichen einheitlichen Leitung durch die ÖIAG. Es entsteht somit auf Grund dieser Weisungs- und Richtlinienbefugnis kein Konzernverhältnis. Ausdrücklich wird auch die Bildung eines Konzernverhältnisses ausgeschlossen.“

Das ÖIAG-G 2000⁵⁸⁾ habe zwar gemäß § 8 Abs 1 der ÖIAG das Recht eingeräumt, bei den von ihr mehrheitlich gehaltenen Unternehmen zur Herstellung möglichst günstiger Voraussetzungen für die Privatisierung Weisungen zu erteilen und Richtlinien zu erlassen (was der OGH unter Hinweis auf die wegen § 70 AktG höchst strittige Zulässigkeit von Weisungen gegenüber AG-Vorständen als „Erweiterung der Beherrschungsmöglichkeiten“ gegenüber allgemeinen Grundsätzen beschrieb), doch werde durch § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 in „gegenteiliger“ Richtung klargestellt, dass die Bildung eines Konzernverhältnisses zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften ausgeschlossen sei. Der OGH verwies dabei auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000⁵⁹⁾, wo es heißt: „Entspricht § 2 Abs 1 ÖIAG-G (aufgehoben) und § 13 Abs 1 zweiter Satz PTSG (aufgehoben). Da sich das Weisungsrecht gemäß § 8 Abs 1 nur auf die Vorbereitung von Privatisierungen beschränkt, fehlt es an der umfassenden Beherrschung und der für ein Konzernverhältnis erforderlichen einheitlichen Leitung durch die ÖIAG; aufgrund der Weisungs- und Richtlinienbefugnis entsteht kein Konzernverhältnis. Dies gilt auch für Zwecke der Zusammenrechnungstatbestände aufgrund von nationalen und europarechtlichen wettbewerbs- und kartellrechtlichen Vorschriften.“

Damit, so der OGH, habe der Gesetzgeber aber auch „klar die Frage der Zusammenschlusskontrolle angesprochen“. § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 könne daher nicht bloß so verstanden werden, „daß ein organisatorisches Zusammenwirken zwischen den ÖIAG-Unternehmen aufgrund einer einheitlichen Führung, wie es eben dem typischen Bild des Konzernverhältnisses nach § 15 Abs 1 AktG entspricht, ausgeschlossen und kein dahingehendes gemeinsames organisatorisches Substrat geschaffen werden soll, sondern dahin, dass der ÖIAG die Möglichkeit der Einflußnahme auf die normale Geschäftspolitik der Unternehmen (ausgenommen ‚Privatisierung‘) im Sinne einer ‚Konzernpolitik‘ abgeschnitten werden soll.“

Es wäre widersprüchlich, anzunehmen, dass die über die Beteiligungen der ÖIAG-Konzernmutter vermittelte „Verbundenheit“ so sehr eingeschränkt werden sollte, dass andere Konzerntöchter nicht einmal für die Bewertung von Zusammenschlüssen im Rahmen der Zusammenrechnungsregeln heranzuziehen wären, andererseits aber die Verbundenheit so hoch anzusetzen, dass auf Grund des in § 41 Abs 3 KartG verankerten „Konzernprivilegs“ Veränderungen überhaupt nicht der Zusammenschlusskontrolle unterlägen.

57) BGBl 1993/973.

58) BGBl I 2000/24.

59) 48 BlgNR 21. GP 12.

Im Hinblick auf diese „*eindeutig auch kartellrechtliche Zielrichtung*“ sei § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 als „*spätere Sonderbestimmung*“ anzusehen, die jedenfalls die Anwendung der allgemeinen Regelungen des § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG ausschliesse.

Damit wies der OGH die Rekurse von ÖIAG und ÖBB ab.

III. Eigene Auffassung

Die wesentlichen Fragen im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen „Konzernprivileg“ des § 41 Abs 3 KartG im Allgemeinen und mit der „Postbus-Entscheidung“ des OGH im Besonderen lauten: Ist für Zwecke der Anwendung des § 41 Abs 3 KartG bei einer mehrheitlichen, qualifiziert mehrheitlichen oder gar 100%-igen Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft ein Konzernverhältnis zu vermuten? Ist im Rahmen der zitierten Gesetzesbestimmung diese Vermutung bejahendenfalls eine widerlegliche, oder knüpft § 41 Abs 3 KartG bloß an das Vorliegen von Abhängigkeit an, sodass die Vermutung im Ergebnis unwiderleglich ist? Wer kann/darf/muss (im Falle der Widerleglichkeit) die Vermutung entkräften? Gibt es in diesem Zusammenhang Besonderheiten bei der Beurteilung des „Staates“ (einer Gebietskörperschaft) als beherrschenden (einheitlich leitenden) Konzernunternehmens zu beachten? Unterstanden ÖPAG und ÖBB vor dem Erwerb der ÖPAG durch die ÖBB einer einheitlichen Leitung des Bundes? Verhinderten sondergesetzliche Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Personennah- und – Regionalverkehrs, des Bundesbahngesetzes 1992 und insbesondere die „Anti-Konzernierungsklausel“ im ÖIAG-G 2000 eine einheitliche Leitung von ÖPAG und ÖBB, und wird dadurch – bejahendenfalls – die Anwendung des § 41 Abs 3 KartG ausgeschlossen?

Nicht auf alle dieser Fragen hat der OGH eine schlüssige oder zumindest ganz klare Antwort gegeben, wenngleich – dies sei vorweg gesagt – dem Ergebnis des Höchstgerichtes vorbehaltlos zugestimmt werden muss.

Die Thesen des OGH lauten (stark verkürzt):

- § 41 Abs 3 KartG beinhaltet einen nach spezifisch-kartellrechtlichen und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Zielsetzungen auszulegenden Konzernbegriff. Bei diesem kommt es auf die „*Veränderung der Machtverhältnisse*“ an, weshalb die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme und nicht die tatsächlich ausgeübte Kontrolle im Sinne einheitlicher Leitung den Ausschlag gibt. Eine Verschiebung zwischen 100%-igen Tochter- oder Enkelgesellschaften ist als interne Reorganisationsmaßnahme von der Ausnahmebestimmung des § 41 Abs 3 KartG erfasst.
- Auch der „Staat“ (eine Gebietskörperschaft) kann als „Konzerninhaber“ (gemeint: beherrschendes oder einheitlich leitendes Konzernunternehmen) angesehen werden, wenn entweder bereits eine einheitliche Leitung besteht oder wenn bei einer beherrschenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gesetzliche organisationsrechtliche Bestimmungen und sonstige gesetzliche Vorgaben der Festlegung einer einheitlichen Geschäftspolitik nicht entgegenstehen oder diese dadurch schon vorgegeben ist.

- ÖPAG und ÖBB wurden vor dem Erwerb der ersteren durch die letztere vom Bund nicht einheitlich geleitet.
- Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für den öffentlichen Personennah- und -regionalverkehr, weiters die Bestimmungen im BBG 1992 und insb die „Entkonzernierungs-Klausel“ in § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 verwehrten aber einerseits dem Bund eine koordinierte Leitung von ÖPAG und ÖBB und schneiden andererseits der ÖIAG die Möglichkeit der Einflussnahme auf die laufende Geschäftspolitik ihrer Beteiligungsunternehmen (abgesehen vom gesetzlich vorgegebenen Privatisierungsziel) ab. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich daneben eine kartellrechtliche Zielsetzung des § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000, weil das Fehlen eines Konzernverhältnisses zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsunternehmen auch für Zwecke der nationalen und europarechtlichen Zusammenrechnungstatbestände des Wettbewerbs- und Kartellrechts maßgebend sein sollte.

A. Konzernbegriff und Konzernvermutung

1. Konzernbegriff in § 15 AktG und § 115 GmbHG

Sowohl § 15 Abs 1 AktG als auch § 115 Abs 1 GmbHG definieren den Konzern als Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung. Die Abs 2 beider Gesetzesbestimmungen sehen vor, dass dann, wenn ein rechtlich selbstständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht, das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen gelten.

Die dahinter stehende, ihrer Natur nach betriebswirtschaftliche Vorstellung des Gesetzgebers (der in Österreich freilich kein Konzernrecht zu Stande gebracht hat, sondern in verstreuten Ansätzen stecken geblieben ist) besteht darin, dass der Konzern trotz rechtlicher Selbstständigkeit seiner Glieder wirtschaftlich im Grunde nichts anderes ist als eine Variante des einem einzigen Träger zugeordneten Unternehmens.⁶⁰⁾

Was die Auslegung von § 15 AktG und § 115 GmbHG anbelangt, scheint in Österreich mittlerweile – zu Recht – jene Ansicht die Oberhand gewonnen zu haben, derzufolge § 15 Abs 1 AktG (§ 115 Abs 1 GmbHG) nicht bloß den Gleichordnungskonzern, sondern Gleich- und Unterordnungskonzern gemeinsam regelt und § 15 Abs 2 AktG (§ 115 Abs 2 GmbHG) eine Konkretisierung in Bezug auf den Unterordnungskonzern bedeutet.⁶¹⁾

60) So treffend *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 15; ebenso *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 15 Rz 8.

61) Vgl *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 263 ff; *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 5; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 15 Rz 8; *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 12; gegenteilig *Jud*, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderen Organfunktionen im Konzern, GesRZ 1982, 111 ff, 113 f; *Gröhs*, Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff (§ 15 AktG, § 115 GmbHG). Seine Problematik aus der Sicht der Rechnungslegung, Berichterstattung und Prüfung von Kapitalgesellschaften, RdW 1987, 250 ff, 252.

Die sich bei Zugrundelegung der hM vermeintlich ergebende Antinomie zwischen Abs 1 und Abs 2 (Abs 1 verlangt die tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung, wohingegen Abs 2 einen beherrschenden Einfluss, also die Möglichkeit der Leitung, genügen lässt) ist durch die Deutung des § 15 Abs 2 AktG (§ 115 GmbHG als Vermutung aufzulösen⁶²⁾ (dazu unten).

2. Beherrschung

Zur Erfüllung des Beherrschungstatbestandes ist es nicht erforderlich, dass das Mutterunternehmen der untergeordneten Gesellschaft „seinen Willen aufzwingt“.⁶³⁾

Das folgt schon aus den Verhältnissen bei der AG, wo diese Möglichkeit wegen § 70 AktG und der dort normierten Weisungsfreiheit des Vorstandes auf rechtlich tragfähiger Grundlage nur durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages⁶⁴⁾ zu verwirklichen ist⁶⁵⁾. Die Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens genügt, nicht dagegen die „negative Beherrschung“, also die bloße Fähigkeit, Entscheidungen zu verhindern.⁶⁶⁾

Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, worauf der beherrschende Einfluss eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen gegründet sein muss.⁶⁷⁾ Taugliche Beherrschungsmittel sind zB Beherrschungs- und Unternehmensführungsverträge, Syndikatsverträge, langfristige Darlehens- oder Kreditverpflichtungen, personelle Verflechtungen etc.⁶⁸⁾

Das in der Wirtschaftspraxis wichtigste Beherrschungsmittel ist aber unbestritten das Halten einer Mehrheitsbeteiligung.⁶⁹⁾ Da Mehrheitsbeteiligungen (im hier relevanten Sinne) die Stimmenmehrheit in den beschlussfassenden Gremien sicherstellen, führt eine solcherart *beteiligungsvermittelte* Einflussnahme auf die Geschäftsführung einer Gesellschaft in aller Regel zur Beherrschung des Unternehmens, an der die Beteiligung besteht.⁷⁰⁾

62) Zutr Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 13; ähnlich schon Krejci, Partnerschaft, Verein; Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 250f.

63) Vgl Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 9; Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 14.

64) Dies ist umstritten: vgl insb überzeugend Rüffler, Zur Zulässigkeit des Beherrschungsvertrages im österreichischen Recht, FS Koppensteiner (2001) 149 ff, 153 ff; ähnlich im Ergebnis schon Krejci, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 335 ff; aM Vanis, Beherrschung von Kapitalgesellschaften (1991), 89 ff; Vanis, Zur Unterwerfung von Kapitalgesellschaften im Konzern, GesRZ 1987, 132 ff; Jabornegg, in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 33, 37.

65) Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 9.

66) Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 9; idS auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ (2003) § 17 dAktG Rz 25.

67) Vgl Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 17 dAktG Rz 25.

68) Vgl dazu auch näher Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 12 mwN.

69) Dabei kommt es nicht auf die Kapitalmehrheit, sondern auf die Fähigkeit an, den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen zu bestimmen (Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 14; vgl auch Kreil, Mitbestimmung im Konzern [1993] 42 ff). Relevant ist daher die Stimmrechtsmehrheit (die aber auch über Syndikatsbindungen etc vermittelt sein kann).

70) Vgl dazu Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 17 dAktG Rz 17.

3. Abhängigkeitsvermutung

Hält ein Unternehmen die Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens, so kann die Abhängigkeit des Beteiligungsunternehmens auch nach österreichischem Recht selbst ohne eine ausdrückliche, § 17 Abs 2 dAktG vergleichbare Gesetzesnorm (widerlegbar) vermutet werden.⁷¹⁾ Der Grund dieser Regel besteht darin, dass eine Mehrheitsbeteiligung bei der AG ihrem Inhaber die Möglichkeit verschafft, den Aufsichtsrat mit Personen seines Vertrauens zu besetzen. Noch ausgeprägter ist die Möglichkeit der Einflussnahme bei der GmbH, weil hier der Mehrheitseigentümer nicht nur über die personelle Zusammensetzung der Geschäftsführung (und des Aufsichtsrates der Tochter), sondern auch über den Inhalt der Geschäftsführungstätigkeit durch die Fassung von auf § 20 Abs 1 GmbHG gestützten Weisungsbeschlüssen gebieten kann.⁷²⁾

Wer bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung oder gar 100%-igen Beteiligung das Vorliegen eines abhängigen Unternehmens bestreitet, trägt dafür die Beweislast.⁷³⁾

Eine Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung hätte bei der durch die Beteiligung vermittelten „Personalhoheit“, also der Fähigkeit anzusetzen, die Besetzung der Organe der nachgeordneten Unternehmen unmittelbar oder mittelbar entscheidend zu beeinflussen. Die Vermutung kann nämlich nur dann widerlegt werden, wenn nachgewiesen wird, dass dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen auf Grund besonderer Umstände keine Personalhoheit zukommt.⁷⁴⁾ Dieser Nachweis kann bei einer mehrheitlich die Anteile haltenden Obergesellschaft typischerweise nur durch die Existenz eines so genannten „Entherrschungsvertrages“ geführt werden,⁷⁵⁾ auf Grund dessen sich das mehrheitlich beteiligte Unternehmen verpflichten müsste, von seinen Stimmrechten so weit nicht Gebrauch zu machen, dass der maßgebende Einfluss auf die Besetzung der Organe der Tochter ausgeschlossen ist. Bei einer zu 100% beteiligten Obergesellschaft scheidet ein Entherrschungsvertrag aber zwangsläufig aus, weil niemand anderer Stimmrechte in der Tochter ausüben könnte. Eine Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung kommt dann nicht in Betracht.^{75a)}

71) Zutreffend *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 13; *G. Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg – insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114 ff, 116; *Kreil*, Mitbestimmung im Konzern 25 f.

72) Vgl dazu *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 13.

73) *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 13; idS zB auch *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht² III (2002) § 110 Erl 70.

74) Vgl dazu *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 17 dAktG Rz 35 ff; aus dem kartellrechtlichen Schrifttum in Deutschland *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ (2001) § 36 Rz 60; *Koppensteiner* in *KölnKomm dAktG²* § 17 Rz 82 ff.

75) Vgl dazu zB *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 17 dAktG Rz 42 ff mwN.

75 a) Die theoretisch denkbare Übertragung der Stimmrechte auf einen während der Vertragsdauer nicht weisungsunterworfenen Treuhänder/Bevollmächtigten soll hier außer Betracht bleiben und ist kaum praktikabel.

4. Konzernvermutung

Der deutsche Gesetzgeber knüpft insbesondere an eine „beteiligungsvermittelte Abhängigkeit“ die Vermutung des Vorliegens eines Konzerns (§ 18 Abs 1, dritter Satz dAktG). Die Formulierung in § 15 Abs 2 AktG und § 115 Abs 2 GmbHG lässt sich (arg „gelten“) ebenfalls als widerlegliche Vermutung lesen.⁷⁶⁾ Eine solche Konzernvermutung bei (insbesondere durch Beteiligungen vermittelter) Abhängigkeit anerkennt mittlerweile die ganz hM in Österreich.⁷⁷⁾

Für die Widerlegung dieser Konzernvermutung wäre der Nachweis erforderlich, dass trotz der Mehrheitsbeteiligung (umso mehr gilt dies bei 100%-iger Beteiligung) keine Beherrschung gegeben ist, weil die (an sich mögliche) einheitliche Leitung *tatsächlich nicht ausgeübt* wird.⁷⁸⁾

Es müssten also konkrete Umstände vorgebracht und bewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass die für die „*einheitliche Leitung*“ maßgebenden Kriterien nicht gegeben sind. Die Entkräftung dieser Vermutung (die nur dann erforderlich ist, wenn nicht schon die Entkräftung der Abhängigkeitsvermutung gelingt, was bei 100%-iger Beteiligung so gut wie unmöglich ist; siehe oben) ist in der Praxis schwierig.⁷⁹⁾

5. Einheitliche Leitung

Die „*einheitliche Leitung*“ eines Unternehmens (§ 15 Abs 1 AktG und § 115 Abs 1 GmbHG) wird nach allgemeiner Auffassung nur dann angenommen, wenn sie *tatsächlich ausgeübt* wird. Die bloße Möglichkeit zur einheitlichen Leitung wird dem gegenüber *nicht* als ausreichend angesehen.⁸⁰⁾

Umstritten ist hingegen, welches Mindestmaß an Organisationsdichte, Koordination und Integration erforderlich ist, um von der einheitlichen Leitung eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen ausgehen zu können.⁸¹⁾ Als absolute Untergrenze wird dabei angesehen, dass die Konzernunternehmen im Konfliktfall nicht gegen den Willen der Konzernleitung handeln.⁸²⁾ Obwohl der Begriff der „*einheitlichen Leitung*“ zumindest nach österreichischem Verständnis weit auszulegen ist⁸³⁾, erscheint dennoch fraglich, ob die bloße Vereinbarung, nicht gegeneinander aufzutreten, tatsächlich ausreicht.

76) Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 13.

77) Vgl Krejci, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 250f, 265 f; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 20; Kreil, Mitbestimmung im Konzern 24; Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 17; Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss AktG § 15 Rz 13.

78) Vgl Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 18 dAktG Rz 23.

79) Vgl Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ § 18 dAktG Rz 24; so auch explizit BAG AG 1996, 367 = NJW 1996, 1691.

80) Vgl Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 31; Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 15; aM Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 21.

81) Vgl dazu ausführlich Koppensteiner in KölnKomm dAktG² § 18 Rz 20 f.

82) Vgl Küting in Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, § 271 dHGB Rz 98.

83) Vgl Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 9, der auf den tendenziell engeren Begriff der einheitlichen Leitung (und damit des Konzerns) in der deutschen Diskussion hinweist.

Eine lockere, sich auf Grundsätzliches beschränkende Koordinierung der wichtigsten Fragen der Unternehmenspolitik erfüllt (grundsätzlich) das Tatbestandmerkmal der einheitlichen Leitung.⁸⁴⁾

Zu den in der Literatur immer wieder angeführten originären Führungsaufgaben zählen zB die Festlegung der Unternehmensziele, die Grundzüge der Finanz-, Investitions-, Markt- und Personalpolitik, sowie die allgemeine Koordination der Unternehmensleitungen. Auch interne personelle Verflechtungen, zB dadurch, dass mehrheitlich Organe der Tochtergesellschaft mit Organwaltern der Muttergesellschaft besetzt sind, deuten auf eine einheitliche Leitung hin. Entscheidend ist die tatsächliche Unterordnung der Einzelinteressen unter das Konzerninteresse. Im Allgemeinen gilt, dass eine einheitliche Leitung umso eher angenommen werden kann, je mehr Unternehmensbereiche unternehmerisches Eigenleben aufgeben.⁸⁵⁾ Der *Koordinierung des Finanzbereiches* kommt aber, wie in der Literatur zu Recht hervorgehoben wird, besondere Bedeutung zu.⁸⁶⁾ Maßgebend ist dabei insb die Einflussnahme auf die Investitionspolitik (wegen der damit verbundenen wesentlichen Steuerungsmöglichkeit), die Entscheidung über den von jedem Unternehmen zum Konzernernfolg zu leistenden Beitrag und die Ausstattung der einzelnen Konzernunternehmen mit Liquidität (unabhängig vom Gewinn).⁸⁷⁾

B. Der Konzernbegriff des § 41 Abs 3 KartG („kartellrechtliches Konzernprivileg“)

1. Konzernvermutung und Konzernprivileg

Ob man im gegebenen Zusammenhang auch für den österreichischen Rechtsbereich gerade dem dargestellten „zweistufigen Vermutungsmodell“ (Abhängigkeitsvermutung und Konzernvermutung) folgt, spielt keine wesentliche Rolle. Maßgebend ist aus praktischer Sicht vielmehr, dass im Ergebnis bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung ein Konzern anzunehmen, dh zu vermuten ist.⁸⁸⁾

Umso mehr gilt dies natürlich für eine 100%-ige Beteiligung. Somit war auch zwischen Bund, ÖPAG und ÖBB in diesem Sinne ein Konzernverhältnis zu vermuten. Nach dem bei der Auslegung des § 15 AktG (§ 115 GmbHG) allgemein für maßgebend gehaltenen Gesetzesverständnis ist diese Vermutung aber eine *widerlegbare*, wobei im Falle einer 100%-igen Be-

84) Vgl dazu Lukas/Zetter, RLG³ § 244 FN 7; Geist in Jabornegg, HGB § 228 Rz 14; Morck in Koller/Roth/Morck, dHGB § 271 Rz 6; ähnlich auch Röhrenbacher in Bertl/Mandl, HdB zum RLG, B III; 3.2. b. 18; vgl auch Glade, Komm Bilanzrecht § 271 dHGB Rz 39; Marsch-Barner in Ensthaler, dHGB⁶ § 290 Rz 7: „Das Mutterunternehmen muss originäre Führungsaufgaben für den Gesamtkonzern wahrnehmen“.

85) Vgl Steiner, das neue Rechnungslegungsgesetz im Überblick, eclex 1990, 748.

86) Vgl Gröhs, RdW 1987, 253; Feil, HGB § 244 Rz 3; Krejci, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1., 260; idS auch Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 15; noch weitergehend: Henssler in Horn, dHGB § 290 Rz 20; Claussen/Scherrer, KölnKomm HGB § 290 Rz 23; etwas anders Siebourg in Küting/Weber, HdB der Rechnungslegung⁴ § 290 Rz 20: „Die Koordination im finanziellen Bereich ist nicht alleinentscheidend und daher auch nicht stets zu fordern.“

87) Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 8.

88) Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 17.

teilung – wie oben dargetan – die Entkräftung der Abhängigkeitsvermutung praktisch nicht in Betracht kommt, sondern bloß die Konzernvermutung widerlegt werden kann.

Dem gegenüber stellte der OGH in seiner „Postbus-Entscheidung“ bei der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG allem Anschein nach auf *bloße Abhängigkeit* ab und ging daher davon aus, dass die durch eine Mehrheits- oder (wie im vorliegenden Fall) 100%-ige Beteiligung bewirkte Konzernvermutung gar nicht entkräftet werden kann.

Das Höchstgericht legte also anscheinend den „Konzernverweis“ in § 41 Abs 3 KartG genauso aus wie den Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 5 KartG („jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben kann“), bei dem – zu Recht – von der ganz hM⁸⁹⁾ bloß Abhängigkeit (Beherrschungsmöglichkeit) und nicht „einheitliche Leitung“ iSd § 15 Abs 1 AktG (§ 115 Abs 1 GmbHG) verlangt wird (dazu auch unten III.B.2.). Freilich hinterlässt die etwas unscharfe Terminologie des OGH zumindest leichte Zweifel, ob das Höchstgericht – insbesondere bei einer nicht 100%-igen, sondern „bloß“ mehrheitlichen Beteiligung – eine Entkräftung der Konzernvermutung für Zwecke der Anwendung des § 41 Abs 3 KartG tatsächlich nicht zulassen will. Denn die zweimalige Verwendung des Wortes „kann“ im nachstehenden Satz zeugt zumindest von gewisser Unsicherheit: „Ausgehend davon, daß beim Konzernbegriff im Rahmen des § 41 Abs 3 KartG auch der bloßen Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme Bedeutung zukommen kann⁹⁰⁾, ist § 41 Abs 3 KartG iVm § 15 AktG dahin zu verstehen, daß neben der einheitlichen Leitung von Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken (§ 15 Abs 1 AktG) und der sonstigen Beherrschung (2. Fall des § 15 Abs 2 AktG) der gesellschaftsrechtlichen Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen (1. Fall des § 15 Abs 2 AktG) ein solches Gewicht zukommen kann⁹¹⁾, daß es gerechtfertigt ist, deren Verhältnis zueinander unabhängig von einer konkreten einheitlichen Leitung als Konzernverhältnis anzusehen.“

Warum sich der OGH einer so gewundenen und letztlich relativierenden Formulierung bediente und nicht einfach sagte, es komme bei § 41 Abs 3 KartG ebenso wie bei § 41 Abs 1 Z 5 KartG bloß auf „beherrschenden Einfluß“ im Sinne von konzernrechtlicher Abhängigkeit an, bleibt zwar unklar, sollte aber anscheinend keine Relativierung oder Einschränkung der (freilich nicht zutreffenden; siehe unten) Position des OGH zum Ausdruck bringen.

Bevor nun darauf eingegangen wird, ob das – in Anbetracht des ausdrücklichen Verweises auf § 15 AktG und § 115 GmbHG den Wortlaut des § 41 Abs 3 KartG zumindest stark strapazierende – Verständnis des „kartellrechtlichen Konzernprivilegs“, das der OGH der „Postbus-Entscheidung“ zu Grunde legte, wirklich zutrifft und mit den behaupteten „spezifisch kartell-

89) Vgl. Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³, 261; Barfuss/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht (1996) 116 f.

90) Hervorhebung durch den Verfasser.

91) Hervorhebung durch den Verfasser.

rechtlichen Zielsetzungen“ begründet werden kann, ist auf eine grundsätzliche und vom konkreten Fall losgelöste Erwägung einzugehen, die dem Höchstgericht keine Betrachtung wert war.

Die Verwendung von (in Deutschland stärker als im österreichischen Recht positivierten) *Vermutungen* bei der Erfassung des Konzernbegriffes hat vor allem zwei Gründe: Zum einen ist der Konzern als Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbstständiger Einheiten in der Art, in der üblicherweise ein rechtlich einheitliches Unternehmen geführt wird, ein in erster Linie (*betriebs-)wirtschaftliches Phänomen*⁹²⁾, dessen prägende Merkmale sich einer verlässlichen Beurteilung durch Außenstehende oft sehr weitgehend entziehen, und zum anderen wird der Konzern von modernen Privatrechtsordnungen tendenziell als ein – zB für Gläubiger, Minderheitsgesellschafter, Arbeitnehmerrechte oder auch den freien Wettbewerb – „potenziell gefährliches“ Gebilde erfasst, das bestimmten Regeln und Beschränkungen zu unterwerfen ist⁹³⁾.

Diese grundsätzliche Überlegung gilt für das Gesellschaftsrecht genauso wie für das Kartellrecht. Schutzobjekt sind in einem Fall eben abhängige Unternehmen oder deren Minderheitsgesellschafter sowie Gläubiger und im anderen Fall der freie Wettbewerb und die Erhaltung einer Marktstruktur mit einer möglichst großen Anzahl unabhängiger Anbieter.⁹⁴⁾

In einer solchen Lage (Erfassung eines potenziell für die Interessen anderer Rechtssubjekte oder vom Gesetzgeber als schutzwürdig erkannter Regelungsziele „gefährlichen“ Rechtsinstituts, dessen Tatbestandsvoraussetzungen außerdem den „betriebswirtschaftlichen Binnenbereich“ des Rechtsinstituts betreffen und in einer für Dritte nur schwer erfassbaren Weise nach außen zu Tage treten) ist eine Regelungstechnik sinnvoll, ja geradezu auf der Hand liegend, die da lautet: ein Konzern liegt vor, wenn die Tatbestandsmerkmale A, B und C verwirklicht sind, ist aber (widerleglich) schon dann zu vermuten, wenn nur die Tatbestandsmerkmale A und B vorliegen. Die fehlende Existenz des Tatbestandsmerkmals C (im gegebenen Zusammenhang wäre dies die „*einheitliche Leitung*“) haben die Repräsentanten des zu erfassenden Gebildes (Konzerns) – die diesem Beweis am nächsten stehen – zu behaupten und zu beweisen, um damit die an die Verwirklichung des (Konzern)Tatbestandes geknüpften, belastenden Rechtsfolgen zu vermeiden.⁹⁵⁾

Freilich ist dadurch der Gesetzgeber nicht gehindert, Unternehmensgruppen bestimmten spezialgesetzlichen Auflagen auch schon bei Verwirklichung nicht sämtlicher für einen Konzern sonst (nach § 15 AktG bzw § 115 GmbHG) erforderlicher Tatbestandsmerkmale zu unterwerfen, also zB bloß an das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit (Abhängigkeit) anzu-

92) Vgl Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 8.

93) Vgl Krejci, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 238ff: Gefahrenabwehr als zentrales Anliegen des materiellen Konzernrechts; Krejci, aaO 241: „Konzern ist habituell gefährlich.“

94) Vgl OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 9/02.

95) Vgl zur Ratio von Konzernvermutungen für alle Hüffer, AktG⁵ § 17 Rz 17f mit Hinweis auf die RegBegr und § 18 Rz 18 mwN.

knüpfen⁹⁶⁾, sodass es insb einer durch 100%-ige Beteiligungen verbundenen Gruppe gar nicht möglich ist, eine Vermutung zu entkräften.

So hat der Gesetzgeber in § 244 Abs 1 und Abs 2 HGB zwei unterschiedliche⁹⁷⁾, Konzernbegriffe geschaffen, von denen der erste an die tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung anknüpft, der zweite jedoch die bloße Einflussmöglichkeit genügen lässt und in vier Vermutungstatbeständen⁹⁸⁾ gefasst ist.⁹⁹⁾ In jüngerer Zeit wurden vom Gesetzgeber außerdem zunehmend die Begriffe „herrsches Unternehmen“ oder „abhängiges Unternehmen“ durch Begriffe wie „Mutterunternehmen“ oder „Tochterunternehmen“ ersetzt oder der Sammelbegriff „verbundene Unternehmen“ verwendet, wobei nicht immer die Klarstellung enthalten ist, dass letzteres iSd § 228 Abs 3 HGB zu verstehen ist.¹⁰⁰⁾

Außerdem kann eine (insb teleologische) Interpretation im Einzelfall natürlich dafür sprechen, trotz Verweises auf den Konzernbegriff des § 15 AktG bzw § 115 GmbHG das Vorliegen von Abhängigkeit genügen zu lassen.

Der Rechtsordnung sind indes nicht nur „konzernbelastende“ Gesetzesbestimmungen, sondern auch „Konzernprivilegien“ bekannt. § 41 Abs 3 KartG ist dabei nicht das einzige Beispiel. Andere Fälle solcher Privilegien sind (ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit) § 86 Abs 2, 4. Satz AktG (ident mit § 30 a Abs 2 GmbHG) betreffend die Erweiterung der Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten für eine einzelne Person in konzernmäßig miteinander verbundenen Unternehmen,¹⁰¹⁾ aber auch Normen aus „nicht-gesellschaftsrechtlichen“ Bereichen wie zB § 1 Abs 2 Z 5 AÜG¹⁰²⁾ oder das „Konzernprivileg“ des § 39 Abs 2, 5. Satz GewO betreffend die Bestellung eines gewerberechtigten Geschäftsführers für mehrere Konzerngesellschaften.

Es kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber – hätte er den Konzern primär als Anknüpfungspunkt für die Verleihung bestimmter Erleichterungen („Privilegien“) gesehen, sich nicht der oben beschriebenen und mit Vermutungen arbeitenden Regelungstechnik bedient hätte.

Denn der durch die Rechtsnorm Begünstigte hat keinerlei Veranlassung, die zu seinem Vorteil ausschlagende Vermutung zu entkräften; Dritte sind

96) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 6 zu diesbezüglichen Differenzierungen innerhalb des GmbHG.

97) Vgl *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 17f; *Nowotny* in *Straube*, HGB² II § 244 Rz 20ff und 26ff.

98) *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 18.

99) Der Gesetzgeber des RLG hat damit eigenständige Tatbestände als Anknüpfungspunkt für die Konsolidierungspflicht geschaffen und wollte ausdrücklich nicht Konzernrecht regeln oder fortentwickeln (darauf verweisen zutr *Nowotny* in *Straube*, HGB² II. vor § 244 Rz 13; *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 19).

100) Auf die Problematik und Verwirrungseignung dieser Regelungstechnik weist *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 14, 20 hin.

101) Für die Auslegung dieser Vorschrift ist der Konzernbegriff des § 15 AktG maßgebend: *Doralt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 5 und *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 86 Rz 62; für die gleich lautende Bestimmung des § 30 a Abs 2 GmbHG weist *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 6 darauf hin, dass – im Gegensatz zB zu § 29 Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 1 GmbHG – Beherrschung nicht genügt, sondern „ein Konzern vorausgesetzt“ wird.

102) Vgl dazu näher G. Schima, RdW 1992, 114ff.

dazu in Anbetracht der dargelegten Umstände (die tatsächliche Ausübung einheitlicher Leitung vollzieht sich auf betriebswirtschaftlich mannigfaltige Weise innerhalb des Unternehmensverbundes und ist für Außenstehende nicht leicht einsichtig) nur sehr schwer in der Lage, sodass es letztlich an der Behörde läge, die Vermutung zu widerlegen. In Verfahren, in denen keine amtswegige Sachverhaltsermittlungspflicht besteht (wie insbesondere in zivilgerichtlichen Verfahren) wäre dadurch nichts gewonnen.

Damit soll nicht gesagt werden, dass in jenen Fällen, in denen gesetzliche Bestimmungen „Konzernprivilegien“ vorsehen, trotz des (in solchen Gesetzen meist explizit enthaltenen Verweises auf § 15 AktG bzw § 115 GmbHG) das das Privileg in Anspruch nehmende Konzernunternehmen sich bei Bestehen einer Mehrheitsbeteiligung generell nicht auf die Konzernvermutung berufen kann, sondern stets die tatsächliche Ausübung einheitlicher Leitung zu beweisen hat.¹⁰³⁾

Dies wäre gegebenenfalls im konkreten Einzelfall zu prüfen und ist zB für das „Konzernprivileg“ des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG mE eher zu verneinen, wengleich zu bedenken ist, dass die wohl fundamentalste Beweislastregel lautet, dass jedermann das Vorliegen der Voraussetzungen der ihm günstigen Rechtsnorm nachweisen muss.

Wer aber umgekehrt behauptet, eine gesetzliche Bestimmung, die – wie § 41 Abs 3 KartG – einerseits eine „konzernbegünstigende“ Norm (also ein „Konzernprivileg“) enthält und andererseits ausdrücklich auf den Konzernbegriff des § 15 AktG/§ 115 GmbHG verweist, sei so auszulegen, dass bloße Abhängigkeit genügt, sodass zumindest bei Bestehen einer 100%-igen Beteiligung (möglicherweise sogar bei einer Mehrheitsbeteiligung) der Gegenbeweis des Fehlens einheitlicher Leitung ausscheidet (weil die Abhängigkeitsvermutung nicht entkräftet werden kann), der muss dafür ganz besondere und gewichtige Gründe vorbringen können.

Ob es solche bei § 41 Abs 3 KartG gibt, ist im Folgenden zu untersuchen.

2. Spezifisch kartellrechtliche Zielsetzung des Konzernbegriffs in § 41 Abs 3 KartG?

Solche besonderen Gründe glaubte der OGH darin gefunden zu haben, dass er von einem spezifisch-kartellrechtlichen Zweck der Zusammenschlusskontrolle und damit auch des fusionskontrollrechtlichen „Verbundbegriffes“

103) Richtigerweise kann man auch den VwGH in seinem Erk vom 30. 1. 1996 (94/11/0060, ARD 4763/39/96) nicht in diesem Sinne verstehen, wengleich dort gesagt wird, der belangten Behörde könne nicht entgegen getreten werden, wenn sie das Vorliegen eines Konzernverhältnisses als Voraussetzung für die Anwendung des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG mit dem Argument verneint hätte, der Beschwerdeführer habe „keine einheitliche Leitung behauptet“. Denn ein näheres Studium der E des VwGH zeigt deutlich, dass der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nur unspezifiziert vorgetragen hatte, die M. GmbH sei an einer ungarischen Kft mit „etwa 50%“ beteiligt, sodass sein weitergehendes Vorbringen im Verfahren vor dem VwGH gegen das dort herrschende Neuerungsverbot verstieß. Dass eine solche Behauptung nicht einmal dafür ausreicht, eine Konzernvermutung iSd § 15 Abs 2 AktG (§ 115 Abs 2 GmbHG) wegen Bestehens einer beherrschenden Beteiligung zu begründen, bedarf keiner Erörterung.

ausging, der vom Zweck des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffes zu unterscheiden sei. Während es im Aktienrecht um den Schutz des beherrschten Unternehmens, der Aktionäre und der Gläubiger ginge, stehe im Kartellrecht die Beurteilung des *Wettbewerbspotenzials* und ein „Verbundbegriff“ im Vordergrund, für den die Fähigkeit ausreiche, dem anderen Unternehmen den Spielraum für seine wettbewerblichen Aktivitäten zuweisen zu können.¹⁰⁴⁾

Weiters verwies der OGH darauf, dass er selbst „im Zusammenhang mit der Prüfung des Beherrschungsbegriffes in § 41 Abs 1 KartG“ von einem „weiteren kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff“ ausgegangen sei, für den schon die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche.¹⁰⁵⁾

Zwar sei es dabei nicht um die Auslegung des „Konzernprivilegs“ in § 41 Abs 3 KartG gegangen, doch spreche die „unterschiedliche Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Konzernregelungen und jene der kartellrechtlichen Bestimmungen“ dafür, „auch die Regelung des § 41 Abs 3 KartG insgesamt und die in § 15 AktG festgehaltenen Charakteristika des zu erfassenden Phänomens Konzern und deren Gewichtung zueinander vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Regelungen zu interpretieren“.

Wenn das Höchstgericht vom „Beherrschungsbegriff in § 41 Abs 1 KartG“ spricht, dann kann nur § 41 Abs 1 Z 5 KartG gemeint sein, denn nur dieser Tatbestand stellt (seinem Wortlaut nach) überhaupt auf Beherrschung ab.

Nun ist die Streitfrage, ob § 41 Abs 1 Z 5 KartG im Speziellen von einem gesellschaftsrechtlichen Konzernverständnis ausgeht oder von einem eigenständig-kartellrechtlichen, keine ganz neue.¹⁰⁶⁾

Dieser Gegensatz wird freilich in der Tendenz überzeichnet; in Wahrheit geht es auch nicht um die „Maßgeblichkeit des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffes“ im Kartellrecht, sondern konkret um die Frage, ob für § 41 Abs 1 Z 5 KartG das Vorliegen von *Abhängigkeit (Beherrschungsmöglichkeit) im Sinne der im Gesellschaftsrecht vertretenen Begriffsbildung* genügt oder ein eigenständiger (weiterer) Beherrschungsbegriff mit spezifisch-kartellrechtlicher Zielsetzung zu Grunde zu legen ist. Dass im Rahmen des § 41 Abs 1 Z 5 KartG auf bloße Abhängigkeit abzustellen und nicht etwa einheitliche Leitung zu fordern ist, darf dagegen als weitestgehend unbestritten gelten und wurde oben schon gesagt.¹⁰⁷⁾ Die Aussage des OGH, er habe zu § 41 Abs 1 (ge-

104) Der OGH berief sich dabei auf *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker*, *GWB*³ § 36 Rz 51, die an dieser Stelle den Abhängigkeitsbegriff des § 36 Abs 2 *GWB* erörtern und darauf hinweisen, dass für die kartellrechtliche Abhängigkeit als Zustand, in dem einem Unternehmen seine wettbewerblichen Tätigkeitsbereiche von einem anderen Unternehmen (in näher beschriebener Weise) zugewiesen werden, ein „geringerer Beeinflussungsgrad“ erforderlich sei, als ihn die Schutzzwecke des Aktienrechts geböten.

105) Der OGH verwies dabei auf seine E vom 17. 12. 2001, 16 Ok 9/01.

106) Vgl zB für die Maßgeblichkeit des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs im Kartellrecht *Barfuss/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht* 116 f; für ein weiteres, spezifisch-kartellrechtliches Verständnis dagegen *Wessely*, *Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle* (1995) 78 ff; vgl zum Disput auch *Koppensteiner*, *Wettbewerbsrecht*³ 261 und FN 76.

107) Vgl *Koppensteiner* *Wettbewerbsrecht*³ 261; *Barfuss/Wollmann/Tahedl*, *Wettbewerbsrecht* 116 f.

meint: Z 5) KartG schon selbst einen „kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff“ vertreten, für den die bloße „Beherrschungsmöglichkeit“ ausreiche, ist daher im vorgegebenen Zusammenhang *ohne jeden Erkenntniswert*, weil sich ein solches Verständnis schon aus dem sehr eindeutigen Wortlaut des § 41 Abs 1 Z 5 KartG („... unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann“) ergibt, der gerade *nicht* – und anders als § 41 Abs 3 KartG – auf § 15 AktG bzw § 115 GmbHG verweist.

Auch die – vom OGH in der „PostBus-Entscheidung“ angesprochene – Frage, ob bei der Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes des § 41 Abs 1 Z 3 KartG („*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*“), sofern eine bloße Minderheitsbeteiligung von 25% oder mehr erworben wird, zusätzlich ein beherrschender Einfluss gegeben sein muss, ist keine Frage voneinander abweichender „Konzernbegriffe“ im Gesellschaftsrecht einerseits und im Kartellrecht andererseits, sondern eine Frage der Gesetzesauslegung und der Orientierung am Sinn und Zweck der gesetzlichen Zusammenschlusskontrolle. Der OGH hat in seinem Beschluss vom 17. Dezember 2001¹⁰⁸⁾ diese Frage – wie ich meine, zutreffend – im Sinne einer (auch dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden) Verneinung der Erforderlichkeit eines beherrschenden Einflusses entschieden und § 41 Abs 1 Z 3 KartG als „abstrakten Gefährdungstatbestand“ interpretiert.¹⁰⁹⁾ Abgesehen davon, dass der Gesetzeswortlaut ohnehin klar erscheint, ist es in der Tat sinnvoll und überzeugend, § 41 Abs 1 Z 3 KartG als formalisierten Tatbestand zu begreifen und die erforderlichen Differenzierungen (liegt ein beherrschender Einfluss vor oder nicht, dessen Fehlen typischerweise gegen die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als des relevanten Versagungskriteriums spricht?) nicht schon bei der „Eingangskontrolle“, also bei der Untersuchung des Zusammenschlusstatbestandes, sondern erst bei der behördlichen Prüfung des konkreten Zusammenschlussvorhabens durchzuführen.¹¹⁰⁾

Dies alles spricht indes in keiner Weise dafür, auch bei der Auslegung des § 41 Abs 3 KartG an bloße Abhängigkeit/Beherrschungsmöglichkeit anzuknüpfen.^{110a)} Der OGH erkennt zwar ganz zutreffend, dass die zitierte Rege-

108) 16 Ok 9/01, *ecolex* 2002, 194 mit Anm *Wollmann* = *RWZ* 2002, 106 mit Anm *Wenger* = *wbl* 2002, 231 ff = *ÖBl* 2002, 193 ff.

109) So auch *Koppensteiner*, *Wettbewerbsrecht*³, 258 f; *Wessely*, *Zusammenschlusskontrolle* 45 ff; *Wessely*, *ecolex* 1994, 476 FN 12; *Gugerbauer*, *KartG*² § 41 Rz 9; *Gugerbauer*, *Handbuch der Fusionskontrolle* § 41 Rz 10; aM *Barfuss*, *ecolex* 1992, 344 f; *Barfuss*, *ecolex* 1994, 626; *Barfuss*, *ecolex* 1995, 191; *Barfuss/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht* 114 f; *Kastner* *Gesellschaftsrecht*⁴, 6 f; *Kastner/Doralt/Nowotny* *Gesellschaftsrecht*⁵, 7.

110) Überzeugend *Koppensteiner*, *Wettbewerbsrecht*³ 259 mwN in FN 63.

110a) In der Begründung nicht überzeugend (wenn auch vielleicht im Ergebnis aus anderen Gründen richtig; vgl *Egermann/Reidlinger*, *ecolex* 2001, 57) daher OLG Wien als KG 28. 9. 2000 (*ecolex* 2001, 56 f), wonach § 41 Abs 3 AktG auch dann anwendbar ist, wenn einem Stifter gehörende Aktien auf die vom Stifter beherrschte Privatstiftung übertragen werden, sofern sich der Stifter den Widerruf der Stiftung ausdrücklich vor-

lung „unmittelbar auf den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff der §§ 15 AktG und § 115 GmbHG verweist“, verliert sich in der Folge aber im Nebel der von ihm wohl ausführlich, aber letztlich sehr missverständlich geschilderten Konzernbegriffsdiskussion. Dass § 15 Abs 2 AktG (§ 115 Abs 2 GmbHG) auf Beherrschungsmöglichkeit abstellt – also eine Konzernvermutung begründet –, erkennt das Höchstgericht richtig (dazu ausführlich oben), vermag aber nicht darzulegen, warum – ganz entgegen der völlig hA zum Konzernbegriff des § 15 AktG (§ 115 GmbHG) – für Zwecke der Anwendung des (genau auf diese Normen verweisenden) § 41 Abs 3 KartG die durch Beherrschung/Abhängigkeit begründete Konzernvermutung eine *unwiderlegliche* sein soll.

Gewicht kommt im Rahmen der diesbezüglichen Ausführungen des OGH nur dessen Argument zu, dass bei der Fusionskontrolle auf die Machtverhältnisse und deren Änderung abzustellen sei und es bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit der herrschenden Gesellschaft idR offen stehe, „mit Maßnahmen, die nicht selbst als Zusammenschluß nach § 41 Abs 1 und 2 KartG zu prüfen wären, das Wettbewerbsverhalten der beherrschten Gesellschaft maßgeblich (zu beeinflussen)“. Auch damit kann aber das vom OGH erzielte Ergebnis nicht gerechtfertigt werden Denn der obige Befund ist zwar (häufig) richtig, aber keine tragfähige Begründung dafür, einen Zusammenschluss auch dann zu verneinen, wenn zwei oder mehrere durch Mehrheitsbeteiligungen oder 100%-ige Beteiligungen verbundene, aber *nachweislich nicht einheitlich geleitete* Unternehmen sich in einer sehr wohl § 41 KartG unterliegenden Weise (Beteiligungserwerb) zusätzlich zusammenschließen (Bsp: eine Schwestergesellschaft erwirbt die andere).

Die Erwägungen, die der OGH zur Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen und insb zum Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 5 KartG ins Treffen führt, können so auf § 41 Abs 3 KartG mE nicht übertragen werden, weil es ja gerade nicht um die Prüfung der Voraussetzungen der Zusammenschlusskontrolle, also um die Umschreibung der Zusammenschlusstatbestände, sondern um einen *Ausnahmetatbestand*, dh um die Prüfung jener Erfordernisse geht, die vorliegen müssen, um die Zusammenschlusskontrolle *nicht* greifen zu lassen. Vergegenwärtigt man sich den – auch vom OGH in der „Postbus-Entscheidung“ zutreffend hervorgehobenen – primären Zweck der Zusammenschlusskontrolle, nämlich die „Erhaltung einer Marktstruktur möglichst großer Anzahl ‚selbständiger‘ Marktteilnehmer“¹¹¹⁾, dann erscheint es folge-

behalten hat. Denn damit wird – wie sich aus dem Inhalt der E klar ergibt – auf bloße Beherrschungsmöglichkeit abgestellt, deren Aktivierung den Widerruf oder eine Änderung durch den Stifter voraussetzt, dessen *rechtliche* Einflussmöglichkeiten auf die Stiftung im Übrigen gering sind.

Die zit E des OLG Wien steht außerdem in einem nicht zu übersehenden Spannungsverhältnis zur bloß einen Tag davor (!) geäußerten Meinung des OGH (E v 27. 9. 2001, RdW 2002, 85 f = eolex 2002, 260), derzufolge es für Zwecke der Anwendung des § 12 a Abs 3 MRG auch dann keine „wirtschaftliche Identität“ der Privatstiftung mit dem Stifter gibt (der Vermieter bei Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung also zur Mietzinsanhebung berechtigt ist), wenn sich der Stifter den Widerruf gem § 34 PSG vorbehalten hat.

111) Vgl OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 9/02.

richtig und konsequent, den Zusammenschluss zwischen zwei oder mehreren bisher zwar bereits (insb durch Existenz einer Mehrheitsbeteiligung) abhängigen, aber nachweislich nicht einheitlich geleiteten und damit zumindest bislang de facto unabhängig voneinander und insoweit selbstständig am Markt agierenden Unternehmen sehr wohl der Zusammenschlusskontrolle zu unterwerfen und *nicht* das „Konzernprivileg“ des § 41 Abs 3 KartG anzuwenden.

Freilich ist es mE nicht unbedingt geboten, die betroffenen Unternehmen dazu zu verpflichten, zwecks Inanspruchnahme des „Konzernprivilegs“ den positiven Nachweis einheitlicher Leitung zu erbringen.¹¹²⁾ Vielmehr sollte es grundsätzlich bei der im Rahmen des Konzernbegriffs des § 15 AktG und § 115 GmbHG (auf die § 41 Abs 3 KartG ja ausdrücklich verweist) maßgebenden Konzernvermutung bleiben. Die den Zusammenschlusstatbestand vermeiden wollenden Unternehmen (die in solchen Fällen – wie die ÖIAG im Anlassfall – wohl einen negativen Feststellungsantrag stellen werden) haben freilich keinerlei Interesse an einer Entkräftung der Konzernvermutung. Diese Rolle kann man aber im Zusammenschlussverfahren weitgehend unproblematisch den Parteistellung genießenden Mitbewerbern zuweisen. Dass die Widerlegung einer Konzernvermutung große Schwierigkeiten bereitet, ist allseits bekannt und wurde schon gesagt; dass sie aber gelingen kann, zeigt gerade der „Postbus-Fall“: Denn dort wurde – wie ja auch der OGH zutreffend hervorhebt – der Nachweis des Fehlens einheitlicher Leitung ganz klar erbracht und zwar nicht auf Grund der vom OGH untersuchten (und mE in ihrer konzern- und kartellrechtlichen Bedeutung stark überinterpretierten; dazu unten) sondergesetzlichen Bestimmungen, sondern durch Analyse des Auftretens von ÖPAG und ÖBB am Markt. Für die Entkräftung der Konzernvermutung, also die Darlegung des Fehlens „einheitlicher Leitung“ im Zusammenschlussverfahren, ist der Nachweis erforderlich, aber auch ausreichend, dass die beteiligten Unternehmen am Markt wie zwei unabhängig agierende Mitbewerber auftreten. Diesen Nachweis können die Mitbewerber selbst besser als jede Behörde erbringen.

Freilich dürfen die praktischen Auswirkungen der dargestellten Auffassung (im Vergleich mit jener des OGH in der „Postbus-Entscheidung“) nicht überschätzt werden. Denn bei privaten Unternehmen dürfte der Nachweis fehlender einheitlicher Leitung typischerweise viel schwerer und kaum gelingen. Es waren schon die Spezifika des Bundeseigentums an ÖPAG und ÖBB, die es überhaupt möglich machten, dass zwei große (ja den Markt dominierende) Busunternehmen trotz (mittelbarer) Vereinigung „in einer Hand“ (diese bestand auch schon vor dem Erwerb der ÖPAG durch die ÖIAG auf Grund der mittelbar 100%igen Beteiligung des Bundes an der Österreichische Post AG) so unabhängig voneinander, ja gegeneinander agieren konnten. Ein privates Unternehmen als gemeinsame Obergesellschaft hätte es zu einem solchen Zustand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nie kommen lassen.

112) Darüber lässt sich natürlich trefflich streiten, denn grundsätzlich hat jedermann die Voraussetzungen der für ihn günstigen Rechtsnorm zu beweisen.

Nach der hier vertretenen Auffassung hätte der OGH den Antrag der ÖIAG daher schon wegen des erbrachten Nachweises fehlender einheitlicher Leitung, also der Entkräftung der durch die Abhängigkeit von ÖPAG und ÖBB (gegenüber dem Bund) begründeten Konzernvermutung, abweisen müssen, ohne auf die Frage der Auswirkungen des ÖIAG-G oder sonstiger sondergesetzlicher Bestimmungen eingehen zu müssen.

3. Rechtslage in Deutschland

Der OGH bemühte als Untermauerung seiner Sichtweise des § 41 Abs 3 KartG auch die deutsche Rechtslage, deren Analyse ihm freilich gründlich misslungen ist.

Denn weder trifft es zu, dass die vom OGH als „Konzernklausel“ bezeichnete Bestimmung des § 36 Abs 2 GWB das deutsche Pendant zu § 41 Abs 3 KartG ist¹¹³⁾, noch werden durch § 36 Abs 2 GWB „abhängige oder herrschende Unternehmen iSd § 17 des dAktG und Konzernunternehmen iSd § 18 dAktG von der Zusammenschlußkontrolle ausgenommen“, noch ist der zusammenfassende Befund des OGH richtig, „dass in der BRD für die Ausnahme von der Zusammenschlußkontrolle bereits eine Beherrschungsmöglichkeit ausreicht.“ Wie das Höchstgericht zu einer solch verkehrten Analyse gelangen konnte, ist unerfindlich. Richtig ist vielmehr Folgendes:

§ 36 Abs 2 GWB lautet: „Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen iSd § 17 des AktG oder ein Konzernunternehmen iSd des § 18 des AktG, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen. Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können, gilt jedes von ihnen als herrschendes“.

Diese „Konzernklausel“ hatte ihr Vorbild in der durch die zweite Kartellnovelle eingefügten Bestimmung des § 23 Abs 1, 2. Satz GWB und galt zunächst nur für die Berechnung von Marktanteilen, seit der dritten Kartellnovelle auch für die Berechnung von Umsatzerlösen. Darin liegt auch heute noch der wesentliche Anwendungsbereich der Nachfolgebestimmung von § 36 Abs 2 GWB, nachdem mit der dritten Kartellnovelle die Vorläuferregelung (§ 23 Abs 1, 2. Satz GWB) unter anderem dadurch erweitert worden war, dass neben konzernmäßig verbundenen Unternehmen auch iSv § 17 AktG verbundene (also abhängige) Unternehmen erfasst waren, was der Vorschrift einen viel größeren praktischen Anwendungsbereich bescherte, weil Abhängigkeit eben viel leichter vorliegt als ein Konzern.¹¹⁴⁾

Durch § 36 Abs 2 GWB sollen daher für Zwecke der Fusionskontrolle die wirtschaftlichen Ressourcen erfasst werden, die einer Unternehmensgruppe zur Verfügung stehen.¹¹⁵⁾ Es geht der Sache nach um eine Zurechnungsregel.

113) Dies sagt der OGH zwar so nicht ausdrücklich, meint es aber ganz offenkundig, wenn er davon spricht, dass GWB sehe im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle in § 36 Abs 2 „ebenfalls eine Konzernklausel vor“.

114) Vgl zur Entstehungsgeschichte des § 36 Abs 2 GWB für alle *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 36 Rz 36 ff mwN.

115) *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 36 Rz 38.

§ 36 Abs 2 GWB bewirkt zB auch, dass sämtliche der dort genannten mit einem unmittelbar beteiligten Unternehmen verbundenen Unternehmen zu den an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gehören.¹¹⁶⁾

§ 36 Abs 2 GWB bedeutet – entgegen der Behauptung des OGH – aber nicht, dass abhängige und herrschende Unternehmen sowie Konzernunternehmen in Deutschland „von der Zusammenschlußkontrolle ausgenommen“ seien.

Weil der OGH dies jedoch irrigerweise annimmt, schließt er darüber hinaus aus dem – für sich zutreffenden – Umstand, dass § 36 Abs 2 GWB kein Konzernverhältnis, sondern (nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut) nur ein Abhängigkeitsverhältnis voraussetzt, dass „in der BRD für die Ausnahme von der Zusammenschlußkontrolle bereits eine Beherrschungsmöglichkeit¹¹⁷⁾ ausreicht.“

Hätte der OGH hingegen jene – von ihm übersehene – Regelung im deutschen GWB beachtet, die das eigentliche „Pendant“ zu § 41 Abs 3 KartG bildet, wäre der grundlegende Irrtum beim Verständnis des § 36 Abs 2 GWB klar geworden.

§ 37 Abs 2 GWB lautet: „Ein Zusammenschluß liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluß führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.“

§ 37 Abs 2 GWB ist anders und – wie man unschwer erkennt – viel flexibler konstruiert als § 41 Abs 3 KartG. Zwar ist es auch nach den Gesetzesmaterialien zu § 37 Abs 2 GWB eine Zielsetzung der Regelung, „bloße Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns“ nicht zu erfassen,¹¹⁸⁾ doch gilt das eben nur dann, wenn wirklich eine Konzernverbindung im Sinne tatsächlich ausgeübter Leitungsmacht vorliegt, die eine „wesentliche Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindungen“ ausgeschlossen erscheinen lässt.

Bei bloß abhängigen Unternehmen, zwischen denen zB eine Mehrheitsbeteiligung besteht, ohne dass Beherrschungsverträge abgeschlossen sind oder sonstige Beherrschungsmittel bestehen und tatsächlich genutzt werden, ist eine „wesentliche Verstärkung“ des Zusammenschlusses dagegen grundsätzlich möglich und dann auch der Zusammenschlusskontrolle unterworfen. Freilich ist hier im deutschen Schrifttum einiges strittig und sind die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs 1 GWB so gefasst, dass nicht ganz klar erscheint, ob und bejahendenfalls welchen Zusammenschlusstatbestand zB der Abschluss eines Beherrschungsvertrages zwischen einer mit 51% beteiligten Muttergesellschaft und ihrer Tochter, zwischen denen bislang bloße Abhängigkeit bestand, verwirklicht. Zwar dürfte § 37 Abs 1 Z 2 GWB nicht erfüllt sein, weil dieser Tatbestand den Erwerb einer Kontrolle, nicht aber die Verstärkung einer bestehenden Kontrollmöglichkeit erfasst¹¹⁹⁾, doch sollte

116) *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 36 Rz 92 und § 97 Rz 110.

117) Hervorhebung durch den Verfasser.

118) Vgl *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker* GWB³ § 37 Rz 115.

119) Vgl *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 37 Rz 43; aM zB *Hoffmann*, AG 1999, 543 ff, 547.

mE § 37 Abs 1 Z 4 GWB (wiewohl eigentlich als Auffangtatbestand konstruiert) anwendbar sein.¹²⁰⁾

Verschiebungen von Beteiligungen zwischen durch (Mehrheits-)Beteiligungen verbundenen Unternehmen sind – entgegen dem OGH – von der Fusionskontrolle in Deutschland keineswegs generell ausgeschlossen.

Gerade der vom österreichischen Höchstgericht intensiv zu Rate gezogene GWB-Kommentar von *Immenga/Mestmäcker* enthält auch für den Anlassfall (Erwerb der ÖPAG durch die ÖBB) eine Aussage, die es dem OGH ermöglicht hätte, das von ihm erzielte Ergebnis nicht erst auf § 11 Abs 2 ÖI-AG-G 2000 zu stützen.

So schreiben *Mestmäcker/Veelken*¹²¹⁾: „Verlagerungen von Beteiligungen zwischen nach § 36 Abs 2 verbundenen Unternehmen führen nicht immer zu bloßen Umstrukturierungen. Das gilt insbesondere, wenn die öffentliche Hand von ihr gehaltene Anteile auf ein von ihr gleichfalls beherrschtes Unternehmen überträgt, um die Integration in dessen Konzern zu ermöglichen.“¹²²⁾

Genau um einen solchen Sachverhalt handelte es sich beim Erwerb der ÖPAG durch die ÖBB.

Darin wird jedenfalls eine „wesentliche Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung“ iSd § 37 Abs 2 GWB zu erblicken sein. Letzteres ist in Deutschland freilich nicht ganz unbestritten, weil Teile des Schrifttums dort vom Bestehen einer einheitlichen Leitung der Bundesunternehmen ausgehen¹²³⁾ – ein Befund, der für Österreich indes – wie auch der OGH einräumt – ganz typischerweise nicht zutrifft (dazu unten III.C.).

Festzuhalten bleibt daher, dass eine *richtige* Analyse des deutschen GWB dem OGH nicht nur keinen tauglichen Beleg für seine Auffassung geliefert hätte, § 41 Abs 3 KartG stelle auf bloße Abhängigkeit/Beherrschungsmöglichkeit ab, sondern sich vielmehr aus der (in Österreich nicht anwendbaren) Bestimmung des § 37 Abs 2 GWB die Schlussfolgerung hätte ziehen lassen, dass bei reiner Abhängigkeit mit erwiesenem Fehlen der einheitlichen Leitung eine fusionskontrollrechtlich relevante Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung durch den Kauf eines abhängigen Unterneh-

120) Dagegen jedoch *Mestmäcker/Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 37 Rz 43, 99 mit dem Argument „Kontrolle“ iSd § 37 Abs 1 Z 2 GWB bedeute stets auch einen „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ gemäß § 37 Abs 1 Z 4 GWB. Das mag zwar zutreffen, ist mE aber kein überzeugendes Argument gegen die Anwendung des § 37 Abs 1 Z 4 GWB, weil dieser die Verstärkung eines solchen Einflusses mE auch erfassen sollte, sofern gleichzeitig die Voraussetzungen des § 37 Abs 2 GWB vorliegen.

121) In *Immenga/Mestmäcker*, GWB³ § 37 Rz 123.

122) Die Autoren verweisen dabei auf die „VEBA-Gelsenberg“-Entscheidung (TB 1974, 35).

123) So insb *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ (2003) § 15 Rz 32 mwN zur Gegenmeinung in FN 87. Dieser im Kern gesellschaftsrechtliche Streit (bei dem es vor allem auch um die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses geht!) präjudiziert aber nicht die Beantwortung der Frage, ob iSd § 37 Abs 2 GWB eine „wesentliche Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung“ anzunehmen ist. Derartiges wird vielmehr selbst unter der Prämisse der einheitlichen Leitung von Bundesunternehmen nahe liegend sein, wenn der Bund ein Konzernunternehmen an ein anderes (insb branchengleiches) verkauft.

mens von einem anderen sehr wohl eintreten kann, ja geradezu typischerweise eintritt.

C. „Konzern-tauglichkeit“ von Gebietskörperschaften und sondergesetzliche Beschränkungen der Konzernierung

Wäre es im Fall der „Postbus-Entscheidung“ nicht um unmittelbar oder mittelbar im (alleinigen) Bundesbesitz stehende Unternehmen gegangen, hätte der OGH – wie gesagt und entgegen der hier vertretenen Auffassung – § 41 Abs 3 KartG angewendet und dem Antrag der ÖLAG stattgegeben.

Erst die Betrachtung von Vorschriften des ÖPNRV-G 1999 sowie des BBG 1992 und in letzter Konsequenz insb des ÖLAG-G 2000 veranlassten das Höchstgericht zum „Umschwenken“.

Dass der „Staat“, also Gebietskörperschaften, als Konzernspitze auftreten und auch die konzernrechtlich erforderliche Unternehmenseigenschaft aufweisen können, gilt zu Recht als weitgehend unbestritten.¹²⁴⁾

In Österreich ist jedoch – worauf der OGH in seinem „Postbus-Beschluss“ auch hinweist – zu konstatieren, dass in rechtlich selbstständige Einheiten ausgegliederte oder gefasste Unternehmen der öffentlichen Hand im Allgemeinen nicht einheitlich geleitet werden.¹²⁵⁾ Daran vermag mE in typisierender Betrachtungsweise (natürlich muss stets der konkrete Einzelfall angesehen werden, wenn es um einheitliche Leitung geht) auch die – mitunter dreiste – Einflussnahme politischer Funktionsträger auf die Besetzung von Führungspositionen in Unternehmen der öffentlichen Hand nichts zu ändern. Denn hinter dieser Einflussnahme steckt so gut wie nie ein unternehmerisches Leitungskonzept, sondern bloß der Wille, Führungspositionen mit Personen zu besetzen, die einer bestimmten politischen Partei angehören oder ihr zumindest nahe stehen. Darin liegt selbst bei sehr weit gefasstem Verständnis kein unternehmenssteuernder Eingriff im Sinne konzernrechtlich relevanter einheitlicher Leitung.

Die in Deutschland von Teilen des Schrifttums vertretene Gegenansicht, die durch die mehrheitliche Beteiligung von Gebietskörperschaften an in privatrechtlicher Rechtsform betreibenden Unternehmen ausgelöste Konzernvermutung (§§ 17 Abs 2, 18 Abs 1, 3. Satz, dAktG) sei keineswegs widerlegt,¹²⁶⁾ ist vor einem etwas anderen rechtstatsächlichen Hintergrund zu sehen und überdies heftig umstritten.

Der OGH ging aber noch einen Schritt weiter. Das – auch von ihm angenommene – Fehlen einer einheitlichen Leitung (im konkreten Fall zwischen Bund, ÖPAG und ÖBB) schloss auf der Grundlage der vom Höchstgericht

124) Vgl. *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 254, 257 f.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ (2003) § 15 Rz 26 ff mwN.

125) *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988) I/1, 257 f.

126) So *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht³ (2003) § 15 Rz 32; *Ellerich/Küting*, Zur Widerlegung der aktienrechtlichen Konzernvermutung (§ 16 Abs 1 Satz 3 AktG) durch den Bund, DB 1980, 1973 ff; aM zB *Kropff*, Zur Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen auf den Bund, ZHR 144 (1980), 74 ff, 80 ff; *Rittner*, FS Flume II. 241 ff, 253; *Zöllner*, AG 1978, 40 ff, 43.

vertretenen (mE unrichtigen) Auffassung die Anwendung des kartellrechtlichen „Konzernprivilegs“ (§ 41 Abs 3 KartG) nicht aus, weil es ja nur auf Abhängigkeit ankommen soll.

Der OGH meinte aber, die im ÖPNRV-G 1999¹²⁷⁾ und BBG 1992¹²⁸⁾ enthaltenen „inhaltlichen gesetzlichen Vorgaben“ sowie die „organisatorischen Rahmenbedingungen“ sprächen „gegen die Möglichkeit einer effektiven Abstimmung der Geschäftspolitik der betroffenen Unternehmen im Sinne eines Konzerns“.

Dem kann jedoch keinesfalls gefolgt werden; der OGH schießt damit vielmehr weit über das Ziel hinaus und schafft nicht überbrückbare und unnötige Wertungswidersprüche zur anerkannten konzernrechtlichen Begriffsbildung bei privaten Unternehmen.

Denn es lässt sich nicht ernsthaft behaupten, die betrachteten Bestimmungen des ÖPNRV-G 1999 und des BBG 1992 verhinderten sogar eine Beherrschungsmöglichkeit (!). Das Höchstgericht folgert dies im Wesentlichen aus dem Umstand, dass nur der Schienenpersonenverkehr als Aufgabe des Bundes festgelegt sei, sonst hingegen im ÖPNRV-G 1999 von verschiedenen Verkehrsunternehmen ausgegangen werde, sowie dass zwar der Betriebszweck der ÖBB im Sinne einer auch gemeinwirtschaftlichen Ausrichtung festgelegt wäre und dem ressortzuständigen Bundesminister in § 12 BBG gewisse Weisungsbefugnisse eingeräumt seien, solche Vorschriften für die ÖPAG hingegen nicht existierten.

Damit provoziert der OGH aber eine (von ihm gar nicht aufgeworfene) Frage: warum soll das Fehlen von Weisungsbefugnissen und gesetzlich verankerten gemeinwirtschaftlichen Zielen für die ÖPAG die konzernrechtliche Beherrschungsmöglichkeit/Abhängigkeit (ja selbst eine einheitliche Leitung) verhindern, wenn nach bislang unbestrittener Ansicht rechtlich verankerte Weisungsbefugnisse für die Annahme eines Beherrschungs- oder Konzernverhältnisses gar nicht erforderlich sind¹²⁹⁾ und – zu Recht – noch niemand in Österreich die Ansicht vertreten hat, die bloße Existenz des § 70 AktG, die die Weisungsfreiheit des Vorstandes sicherstellt, verhindere die Entstehung eines Konzerns, wenn die abhängigen Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft geführt werden? Zumindest im faktischen Konzern (beim Beherrschungsvertrag gilt mE, wie oben kurz erwähnt, anderes) ist § 70 AktG sehr wohl ein Hindernis für eine rechtlich abgesicherte, konzernmäßige Leitungsstruktur.¹³⁰⁾ Dass es in § 12 BBG 1992 (abgesehen vom „Katastrophenfall“) ein Weisungsrecht des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie bei „verkehrspolitischer Notwendigkeit“ gibt, erleichtert zwar einen rechtlich unbedenklichen Zugriff des Eigentümers Bund auf die ÖBB; das Fehlen solcher Befugnisse bei anderen, unmittelbar oder mittelbar im Bundeseigentum stehenden Aktiengesellschaft-

127) BGBl I 1999/104.

128) BGBl 1992/825, zuletzt geändert durch BGBl I 2003/138.

129) Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 31 mwN; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 16; Gröhs, RdW 1987, 253; Riemer, wbl 1990, 95; Koppensteiner, GmbHG² § 115 Rz 15; Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 10.

130) Vgl Koppensteiner, GmbH-G² § 115 Rz 9 mwN.

ten hindert aber nicht die faktische Auspielung von durch die Mehrheits- oder Alleinbeteiligung vermittelter Leitungsmacht und damit weder Beherrschung noch einheitliche Leitung. Dies zu bestreiten, käme einem Rückfall in die „konzernrechtliche Steinzeit“ gleich.

Auch der Umstand, dass ÖPAG und ÖBB grundsätzlich zu verschiedenen Ministerien und Bundesministern ressortieren, verhindert – aus demselben Grund – nicht die Beherrschungsmöglichkeit. Soweit der OGH also – wie man ihn anscheinend verstehen muss – bereits aus einer Analyse des ÖPNRV-G 1999 und des BBG 1992 die (bei 100%-igen Beteiligungen nach allgemeiner Auffassung an sich unwiderlegliche) Abhängigkeitsvermutung als entkräftet sehen will, ist ihm klar zu widersprechen.

Anders verhält es sich mit der vom Höchstgericht als letztes Argument zu Rate gezogenen „Entkonzernierungsklausel“ des § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000. Denn dadurch wird mE doch – in einer in Bezug auf die „Zielgenauigkeit“ der Regelung über die allgemeine Anordnung des § 70 AktG deutlich hinausreichenden Weise – klargestellt, dass ein Konzernverhältnis zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsgesellschaften nicht bestehen soll und Versuche, ein solches zu etablieren, vom Gesetzgeber ausdrücklich für nicht erwünscht erklärt werden.

Es wäre nun zwar reizvoll, den OGH gleichsam im selbst gesponnenen Netz zu fangen und zu argumentieren, § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 schließe bloß ein Konzernverhältnis aus und ein Konzernverhältnis sei eben etwas anderes als ein bloßes Abhängigkeitsverhältnis¹³¹⁾, das das Höchstgericht für die Anwendung des § 41 Abs 3 KartG ja genügen lassen will; zumindest für Österreich kann eine so strenge Trennung der Begriffsbildung aber nicht als allgemein gesichert gelten und muss dem Gesetzgeber des ÖIAG-G 2000 wohl die Absicht zugesonnen werden, auch ein Beherrschungsverhältnis zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsunternehmen auszuschließen.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre freilich dennoch ein Konzernverhältnis zwischen der ÖIAG und den nachgeordneten Unternehmen anzunehmen (und damit jedenfalls ein Beherrschungsverhältnis auch zwischen Bund und ÖPAG mit widerleglicher Konzernvermutung gegeben) wenn sich die Entscheidungsträger der ÖIAG (wofür indes jegliche Anhaltspunkte fehlen) über die gesetzlichen Vorgaben hinweggesetzt und die ÖPAG de facto einer einheitlichen Leitung unterstellt hätten.

Resümierend ist zu sagen, dass nach der hier vertretenen Auffassung die auf § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 gestützte Argumentation zwar gar nicht maßgebend ist (weil schon die gelungene Widerlegung der Konzernvermutung mangels Existenz einer einheitlichen Leitung zur Abweisung des Antrages

131) Dies ist in der BRD, wo die Begriffe schon von den gesetzlichen Vorgaben her strenger unterschieden werden, völlig unbestritten. Vgl *Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB³ § 36 Rz 49*: „Wie sich schon aus der gesonderten Regelung der Abhängigkeit in § 17 AktG und der Konzernierung in § 18 AktG ergibt, erfordert Abhängigkeit nicht das Bestehen eines Konzerns. Der Konzern begründet eine intensivere Stufe der Abhängigkeit. Mit dem Konzern verbindet sich das Merkmal der einheitlichen Leitung. Abhängigkeit verlangt demgegenüber bloß die Möglichkeit einer Einflussnahme“.

der ÖIAG hätte führen müssen), dass aber dem Höchstgericht im Ergebnis darin zuzustimmen ist, § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 schließe ein Konzern- und auch ein Beherrschungsverhältnis aus und stehe damit der Anwendung des § 41 Abs 3 KartG im Verhältnis zwischen dem Bund und der ÖPAG im Wege.

D. Ergebnisse

1. Auch für den Bereich des österreichischen Rechts ist der Konzernbegriff des § 15 AktG (§ 115 GmbHG) – in Anlehnung an die dies explizit normierende deutsche Rechtslage – durch zwei Vermutungen geprägt. Bei Bestehen einer mehrheitlichen Beteiligung eines Unternehmens an einem anderen Unternehmen ist Abhängigkeit (widerleglich) zu vermuten (Abhängigkeitsvermutung). Von abhängigen Unternehmen ist zu vermuten, dass sie einen Konzern bilden (Konzernvermutung).

2. Eine Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung setzt den Nachweis voraus, dass dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen auf Grund besonderer Umstände keine Personalhoheit (in Bezug auf die Besetzung des Aufsichtsrates) zukommt, was typischerweise den Abschluss eines Entherrschungsvertrages voraussetzt. Bei einer 100%-igen Beteiligung scheidet die Entkräftigung der Abhängigkeitsvermutung jedoch praktisch aus, weil kein Dritter Stimmrechte in der abhängigen Gesellschaft ausüben kann.

Die Widerlegung der Konzernvermutung erfordert den Nachweis, dass trotz der (insb durch eine Mehrheitsbeteiligung vermittelten) Abhängigkeit eine einheitliche Leitung tatsächlich nicht ausgeübt wird.

3. Die ratio von Vermutungen bei der Konzern-Begriffsbildung besteht einerseits darin, dass der Konzern ein primär betriebswirtschaftliches Phänomen ist, dessen einzelne Tatbestandsmerkmale sich einer verlässlichen Beurteilung durch den außenstehenden Betrachter oft weitgehend entziehen und ist andererseits in dem Umstand begründet, dass der Konzern von der Rechtsordnung als ein potenziell (zB für die abhängigen Unternehmen, deren außenstehende Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmerinteressen oder den freien Wettbewerb) „gefährliches Gebilde“ betrachtet wird, das Beschränkungen und Auflagen zu unterwerfen ist.

Diese habituelle Gefährlichkeit und die größere Beweisnähe der Konzernrepräsentanten lässt es sinnvoll und gerechtfertigt sowie rechtsstaatlich unbedenklich erscheinen, den Repräsentanten der beteiligten Unternehmen den Nachweis fehlender einheitlicher Leitung aufzuerlegen, anstatt die Behörde oder Dritte zum Nachweis der Existenz einheitlicher Leitung zu verhalten.

Dort wo die Rechtsordnung an das Vorliegen eines Konzerns für diesen Vergünstigungen knüpft, passt das Konzept der Vermutungen dagegen schon strukturell nicht, weil die begünstigten Konzernunternehmen keinerlei Interesse an einer Entkräftigung der Vermutung haben können. Dafür, dass bei einem solchen „Konzernprivileg“ (wie es § 41 Abs 3 KartG ist) die Konzernvermutung sogar unwiderleglich sein soll, müssten ganz besondere Gründe sprechen.

4. Solche besonderen Gründe liegen bei § 41 Abs 3 KartG nicht vor. Der vom OGH vertretenen Auffassung, die zitierte Bestimmung knüpfe an die

bloße Abhängigkeit an, kann nicht gefolgt werden. Insbesondere lässt sich die Meinung des OGH nicht damit rechtfertigen, dass auch für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes in § 41 Abs 1 Z 5 KartG die Beherrschungsmöglichkeit genügt. Denn dies steht ausdrücklich im Gesetz, wohingegen § 41 Abs 3 KartG auf § 15 AktG (§ 115 GmbHG) verweist.

Dasselbe gilt für § 41 Abs 1 Z 3 KartG, wo dem OGH – mit dem ohnehin deutlichen Wortlaut der Vorschrift – darin zu folgen ist, dass nicht einmal Beherrschungsmöglichkeit gegeben sein muss, sondern ein „abstrakter Gefährdungstatbestand“ vorliegt.

Dass es bei der „Fusionseingangskontrolle“ auf die Machtverhältnisse und deren Verschiebung ankommt, für die die Beherrschungsmöglichkeit ausreicht, ist kein taugliches Argument dafür, bei einem Ausnahmetatbestand, also dem geraden Gegenteil der Zusammenschlusstatbestände, ebenfalls auf bloße Abhängigkeit abzustellen – noch dazu, wenn der Wortlaut des Ausnahmetatbestandes deutlich dagegen spricht.

5. Richtigerweise gelangt vielmehr bei abhängigen, aber nachweislich nicht einheitlich geleiteten Unternehmen § 41 Abs 3 KartG nicht zur Anwendung. Gerade der „Postbus-Fall“ zeigt, dass diese Auffassung systemkonform ist und den Zielen der Fusionskontrolle entspricht, eine Marktstruktur mit möglichst vielen selbstständigen Anbietern zu erhalten, ja dass die Gegenmeinung unnötige Schutzdefizite schüfe. Wenn zwei bislang nachweislich am Markt unabhängig voneinander und wie echte Mitbewerber auftretende (wenngleich beide im Bundesbesitz stehende) Unternehmen dadurch direkt zusammengeschlossen werden, dass das eine das andere zur Gänze erwirbt, lässt die von einer solchen Verstärkung der bestehenden Verbindung ausgehende Gefahr der Vereinigung zweier bislang am Markt unabhängig voneinander agierender Anbieter zu einem einzigen Anbieter das Eingreifen der Fusionskontrolle als geboten erscheinen.

6. Es ist nicht geboten, den die Anwendung des § 41 Abs 3 KartG anstrebenden Unternehmen die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass neben der (zB auf Grund einer Mehrheitsbeteiligung vermuteten) Abhängigkeit die tatsächliche einheitliche Leitung gegeben ist. Vielmehr erscheint es – trotz Vorliegens eines „Konzernprivilegs“ – vertretbar, die allgemeine Beweislastregel, wonach jedermann das Vorliegen der Voraussetzungen der ihm günstigen Rechtsnorm zu beweisen hat, als durch die – in § 15 Abs 2 AktG (§ 115 GmbHG) immerhin positiviert – Konzernvermutung verdrängt zu sehen und den Nachweis fehlender einheitlicher Leitung den sich dem Verfahren gegebenenfalls anschließenden Mitbewerbern zu überlassen. Diese können die Konzernvermutung für Zwecke der (Nicht-)Anwendung des § 41 Abs 3 KartG entkräften, wenn sie darlegen, dass die beteiligten Unternehmen bislang am Markt im Wesentlichen wie unabhängig voneinander agierende Konkurrenten aufgetreten sind. Im Fall „ÖBB-PostBus“ gelang dieser Nachweis, was freilich in der Praxis nicht häufig der Fall sein dürfte.

7. Aus der Rechtslage in Deutschland leitet der OGH zu Unrecht und auf Grund einer missglückten Analyse des GWB Belege für seine These ab, § 41 Abs 3 KartG knüpfe bloß an das Vorliegen von Abhängigkeit an. § 36

Abs 2 GWB bedeutet – entgegen dem Höchstgericht – keineswegs, dass abhängige Unternehmen und Konzernunternehmen in Deutschland von der Fusionskontrolle ausgenommen sind. Das deutsche Pendant zu § 41 Abs 3 KartG ist vielmehr § 37 Abs 2 GWB. Danach liegt ein Zusammenschluss iSd § 37 Abs 1 GWB auch vor, wenn die Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss miteinander verbunden waren, sofern eine „wesentliche Verstärkung des bestehenden Unternehmensverbundes“ eintritt. Gerade der Fall der Umschichtung von Beteiligungen der öffentlichen Hand (von Gebietskörperschaften) in der Weise, dass ein Unternehmen an ein anderes Bundesunternehmen veräußert wird, um es in dessen Konzern einzugliedern, wird in Deutschland als Anwendungsfall einer trotz § 36 Abs 2 GWB wesentlichen Verstärkung des bestehenden Unternehmensverbundes gemäß § 37 Abs 2 GWB angesehen.

8. An der grundsätzlichen Tauglichkeit von Gebietskörperschaften als Konzernspitze kann kein Zweifel bestehen. In Österreich ist aber davon auszugehen, dass Bundesunternehmen im Allgemeinen nicht einheitlich geleitet werden. Das Fehlen einer einheitlichen Leitung der ÖPAG und der ÖBB durch den Bund hat der OGH (gemeinsam mit dem OLG Wien) ganz zu Recht festgestellt.

9. Entschieden widersprochen werden muss dem OGH, wenn er meint, die im ÖPNRV-G 1999 und im BBG 1992 enthaltenen Vorgaben und organisatorischen Rahmenbedingungen stünden sogar einer Beherrschungsmöglichkeit des Bundes im Wege. Davon kann nicht die Rede sein, weil die vom OGH untersuchten Vorschriften der für das Vorliegen eines Konzerns allein maßgebenden tatsächlichen Ausübung von Leitungsmacht noch viel weniger entgegenstehen, als § 70 AktG (unbestrittenermaßen) das Entstehen eines Unterordnungskonzerns mit beherrschten Aktiengesellschaften zu verhindern vermag.

10. Recht zu geben ist dem OGH hingegen im Ergebnis darin, dass die „Entkonzernierungsklausel“ in § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 ein Konzernverhältnis und – über den engen Wortlaut hinaus – auch ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der ÖIAG und ihren Beteiligungsunternehmen ausschließen will. Da es keine Anhaltspunkte dafür gab, die ÖIAG hätte sich über die gesetzlichen Vorgaben hinweggesetzt und dennoch die ÖPAG einheitlicher Leitung unterstellt, ist § 11 Abs 2 ÖIAG-G 2000 ein tragfähiges (nach der hier vertretenen Auffassung freilich auf Grund des erwiesenen Fehlens einheitlicher Leitung durch den Bund gar nicht mehr nötiges) Argument gegen die Anwendung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs in § 41 Abs 3 KartG.