

Das Konzernprivileg im Kartellrecht

RA Dr. Axel Reidlinger

INFOLAW - Forum Wettbewerbsrecht

26. November 2020

Übersicht

- ▶ Anwendungsbereich: Kartellverbot (Art 101 AEUV, § 1 KartG)
- ▶ Definition / Zweck des Konzernprivilegs
- ▶ Exkurs I: Der weite Unternehmensbegriff im Kartellrecht als Grundlage des Konzernprivilegs
- ▶ Exkurs II: Zwei Anwendungsbereiche für den weiten Unternehmensbegriff im Kartellrecht
- ▶ Rechtliche Grundlagen / Herleitung
- ▶ Reichweite des Konzernprivilegs
- ▶ Außerhalb des Konzernprivilegs: „Konzentrationsprivileg“?

Anwendungsbereich: Kartellverbot (Art 101 AEUV, § 1 KartG)

- ▶ § 1 KartG und (der praktisch wortidentente) Art 101 AEUV verbieten wettbewerbsbeschränkende (i) Vereinbarungen und (ii) abgestimmte Verhaltensweisen jeweils zwischen Unternehmen.
- ▶ Vereinbarungen, die unter das Kartellverbot fallen können, werden üblicherweise in der Entscheidungspraxis in „horizontale“ (zwischen Wettbewerbern) und „vertikale“ (etwa zwischen Lieferant und Händler) wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen unterteilt.
- ▶ Beispiele
 - ▶ Horizontale Wettbewerbsbeschränkung: Preisabsprachen, Absprachen über Kundenaufteilung oder Gebietsaufteilung zwischen Wettbewerbern
 - ▶ Vertikale Wettbewerbsbeschränkung: Preisbindung der zweiten Hand, langfristige Alleinbezugspflicht, Lieferantenseitige Zuweisung exklusiver Vertriebsgebiete / Kundengruppen mit absolutem Gebiets- / Kundenschutz an bestimmte Händler

Definition / Zweck des Konzernprivilegs

- ▶ Das Konzernprivileg ist eine in der Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelte Rechtsfigur, wonach das Kartellverbot nicht für Absprachen zwischen Unternehmen desselben Konzerns gilt.
- ▶ Maßgebendes Kriterium für die Anwendung des Kartellverbots ist die Fähigkeit eines Unternehmens, sein Wettbewerbsverhalten autonom zu bestimmen: Wenn und soweit eine Gesellschaft in einem Konzern nicht über diese Fähigkeit verfügt, kann sie auch nicht durch Absprachen mit anderen Gesellschaften innerhalb des Konzerns den Wettbewerb beschränken.
- ▶ Das Konzernprivileg gewährleistet, dass „sich das Kartellrecht nicht in die konzerninterne Unternehmensorganisation einmischen kann“.
 - ▶ Ohne Konzernprivileg könnte eine bestimmte Absprache kartellrechtlich jeweils unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem ob zB in einem Konzern Herstellung und Vertrieb „in einer und derselben Gesellschaft“ angesiedelt sind („keine Vereinbarung zwischen Unternehmen“) oder jeweils in einer getrennten Produktions- und Vertriebsgesellschaft („Vereinbarung zwischen Unternehmen“)

Exkurs I: Der weite Unternehmensbegriff im Kartellrecht als Grundlage des Konzernprivilegs

- ▶ Der EuGH definiert den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von deren Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (sog „funktionaler“ Unternehmensbegriff).
- ▶ Somit ist der kartellrechtliche Unternehmensbegriff, der auf wirtschaftliche Einheit abstellt, nicht von der möglichen formalen Trennung in einzelne Rechtssubjekte im gesellschaftsrechtlichen Sinn beeinträchtigt.
- ▶ Wettbewerb findet nur zwischen Unternehmen statt, die ihr Eigeninteresse auf dem Markt selbständig zur Geltung bringen. Das jeweilige Marktverhalten von miteinander verbundenen Unternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, kann nicht autonom erfolgen. Zwischen solchen Unternehmen besteht typischerweise somit kein Wettbewerb.
- ▶ Es kommt für die Frage der Autonomie nicht auf die tatsächlichen aktuellen Eingriffe der Obergesellschaft in das Verhalten der Untergesellschaft an, sondern auf die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Verhaltensbestimmung.

Exkurs II: Zwei Anwendungsbereiche für den weiten Unternehmensbegriff im Kartellrecht

- ▶ Der kartellrechtliche **Begriff des einheitlichen Unternehmens** („single economic entity“) wird für zwei - quasi gegensätzliche - praktische und rechtliche Konzepte verwendet
 - ▶ **Konzernprivileg:** Das Kartellverbot ist innerhalb de einheitlichen Unternehmens nicht anwendbar, dh „das Kartellverbot gilt nicht innerhalb des Konzerns“
 - ▶ Mehrere Adressaten von kartellrechtlichen **Geldbußen** für denselben Verstoß der (im Konzern) beherrschten Gesellschaft: Gemeinsame Verantwortung mehrerer Konzernunternehmen für kartellrechtliche Verstöße („**Konzernhaftung**“) (auch für Schadenersatz? Noch umstritten!)
- ▶ Für beide Rechtsfiguren liegt der Grund in der fehlenden Autonomie der jeweils handelnden Gesellschaft
- ▶ Die faktischen Voraussetzungen für die Anwendung von Konzernprivileg und „Konzernhaftung“ sind jedoch nicht deckungsgleich, insb bei Beteiligungen ohne alleinige Kontrolle (zB Gemeinschaftsunternehmen).
 - ▶ Einheitlicher Unternehmensbegriff wird uU für „Konzernhaftung“ für Geldbußen weiter ausgelegt als für das Konzernprivileg - insb bei Gemeinschaftsunternehmen (siehe unten)
 - ▶ Achtung: EuGH-Rsp betrifft vor allem Fälle der „Konzernhaftung“

Rechtliche Grundlagen / Herleitung

- ▶ Das Kartellverbot erfasst Tatbestandshandlungen zwischen Unternehmen, nicht aber innerhalb eines Unternehmens.
- ▶ Kein Wettbewerbsverhältnis: Tochtergesellschaft ist nur rechtlich selbständig, aber nicht wirtschaftlich unabhängig von der Muttergesellschaft.
- ▶ Zwei separate und komplementäre Herleitungen:
 - ▶ Rechtsprechung: Einheitlicher Unternehmensbegriff, Mutter und Tochter als „wirtschaftliche Einheit“
 - ▶ Rechtliche Literatur: Keine Wettbewerbsbeschränkung vorstellbar
- ▶ Kern beider Ansätze: Im Anwendungsbereich des Konzernprivilegs (insb zwischen Mutter und Tochter) besteht kein schützenswerter Wettbewerb.
- ▶ Einheitlicher Unternehmensbegriff schränkt beim Konzernprivileg den Verbotstatbestand des Kartellverbots ein → im Zweifel enge Auslegung geboten (dh nicht ident mit Anwendung bei „Konzernhaftung“ für Geldbußen)

Reichweite des Konzernprivilegs („bei welchen Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen?“) – (I)

Wirtschaftliche Einheit besteht,

- ▶ ... wenn die **Tochtergesellschaft** trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr **Marktverhalten nicht autonom bestimmt**, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen diesen beiden Rechtssubjekten (etwa EuGH C-50/12, C-440/11P)
- ▶ Die betreffenden Gesellschaften müssen untereinander wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich **so eng miteinander verflochten** sein, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung (**bestimmender Einflussnahme**) eröffnet wird (EuGH Rs 48/69)
- ▶ **Vermutung des einheitlichen Unternehmens besteht bei Beteiligung von 100%**: In dem Fall, dass eine Muttergesellschaft das (nahezu) gesamte Kapital ihrer Tochtergesellschaft hält, besteht eine **widerlegbare Vermutung** für die tatsächliche Ausübung des Einflusses (EuGH C-286/98)

Reichweite des Konzernprivilegs („bei welchen Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen?“) – (II)

- ▶ Es reicht aus, wenn die Gesamtbetrachtung ergibt, dass die **Mutter bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik (im weiteren Sinn) der Tochter ausübt** (EuGH C-97/08)
- ▶ Keine Relevanz der **tatsächlichen Ausübung der Leitungsmacht** durch tatsächliche Weisungen
- ▶ Für das Konzernprivileg ergibt sich das Bestehen der wirtschaftlichen Einheit (gerade) **nicht aus dem Verhalten, sondern allein aus der fehlenden strategischen Unabhängigkeit der Tochter** von der Muttergesellschaft
- ▶ Das Konzernprivileg gilt auch **zwischen Schwestergesellschaften**, wenn beide von derselben Muttergesellschaft im oben beschriebenen Sinn beherrscht werden.

Reichweite des Konzernprivilegs („bei welchen Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen?“) – (III)

- ▶ Anwendung des Konzernprivilegs **bei bloß gemeinsamer Kontrolle?**
- ▶ Definition:
 - ▶ Gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das beherrschte Unternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Der einfachste Fall wäre, dass es zwei beherrschende Unternehmen mit gleichen Stimmrechten im Gemeinschaftsunternehmen gibt oder beide Muttergesellschaften das Recht haben, die gleiche Zahl von Mitgliedern in die Entscheidungsgremien zu entsenden.
 - ▶ Gemeinsame Kontrolle besteht aber auch dort, wo ein Minderheitsgesellschafter ein Vetorecht gegen Entscheidungen zusteht, die das strategische Wirtschaftsverhalten des Unternehmens bestimmen, dh über die normalen gesetzlichen Rechte von Minderheitsgesellschaftern hinausgehen. Dies ist idR bei Vetorechten hinsichtlich der Entscheidung über Budget, Geschäftsplan, größere Investitionen und die Unternehmensleitung der Fall.

Reichweite des Konzernprivilegs („bei welchen Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen?“) – (IV)

- ▶ Anwendung des Konzernprivilegs auf Fälle mit bloß „gemeinsamer Kontrolle“, insb Gemeinschaftsunternehmen zwischen Muttergesellschaften und dem paritätisch beherrschten Gemeinschaftsunternehmen? Bisher nicht geklärt.
 - ▶ Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit findet zwar auch auf gemeinsam beherrschte Gesellschaften Anwendung (EuGH C-294/98 P) - insb für „Geldbußenhaftung“
 - ▶ Argument gegen Konzernprivileg im GU: „Zwang zur Einigung im GU“ reicht für sich genommen nicht aus, um von einer Vergemeinschaftung der Leitung sprechen zu können. Gesellschafter mit gegensätzlichen Interessen neutralisieren einander sehr häufig mit der Folge, dass das Gemeinschaftsunternehmen eigenständig handeln kann.
 - ▶ Auch nach dem aktuellen Urteil des OGH zu 6 Ob 105/19p (das die Möglichkeit eines Konzernprivilegs im GU nicht ausschließt) bleibt offen, wann die Leitung über das Gemeinschaftsunternehmen "vergemeinschaftet" ist - im Anlassfall abgelehnt:
„Der beklagten Partei verbleibt allerdings ein eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung, die im laufenden Geschäftsbetrieb frei von Weisungen der klagenden Partei agieren kann. In diesem Fall ist das Konzernprivileg nicht anzuwenden.“

Reichweite des Konzernprivilegs („bei welchen Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen?“) – (V)

- ▶ Konzernprivileg zwischen Muttergesellschaften und dem paritätisch beherrschten Gemeinschaftsunternehmen?
- ▶ These: Konzernprivileg soll auch hier grundsätzlich möglich sein (vgl auch OGH 6 Ob 105/19p)
- ▶ Jedoch muss "eine Koordination bzw. Bündelung der Einflussrechte stattfinden, die über einen bloßen Einigungszwang hinausgeht", wie etwa bei Stimmbindungsverträgen oder bei einer Stimmrechtsausübung über eine gemeinsame Zwischenholding.
- ▶ Aber BWB-Standpunkt Konzernprivileg Mai 2020 (nach der OGH-E 2019):
„Bei mehreren Mutterunternehmen kann eine wirtschaftliche Einheit grundsätzlich im Verhältnis zu (maximal) einem Mutterunternehmen gegeben sein. Besondere Konstellationen sind auf Basis einer Einzelfallbetrachtung im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen denkbar.“
- ▶ Jedenfalls besteht kein Konzernprivileg für Vereinbarungen zwischen den Mutterunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens!

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Konzernprivilegs: „Konzentrationsprivileg“? (I)

- ▶ Bestimmte Einflussrechte sind mit einer (zulässigerweise erworbenen) Beteiligung an einem (potenziellen) Wettbewerber verbunden und gelten unabhängig vom Konzernprivileg.
- ▶ Klarstellung in einem gesellschaftsrechtlich geprägten Zivilprozess durch den OGH Ende 2019 (6 Ob 105/19p, *Drogeriemärkte - „dm“*) unter Verweis auf frühere Rsp des OGH-Kartellsenats (KOG):
- ▶ Es ging um die Frage, ob in einem Gemeinschaftsunternehmen ein Minderheitsgesellschafter (mit einem Anteil von 32%), der gleichzeitig Wettbewerber des Gemeinschaftsunternehmens war, aus kartellrechtlichen Gründen an der Ausübung seiner Stimmrechte im Gemeinschaftsunternehmen gehindert sein konnte („Stimmverbot“), weil eine solche Ausübung gegen das Kartellverbot verstoßen hätte.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Konzernprivilegs: „Konzentrationsprivileg“? (II)

- ▶ Dem Minderheitsgesellschafter kam nach Auffassung des OGH in der Entscheidung 6 Ob 105/19p Mitkontrolle in Bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen zu, weil für Beschlüsse über Investitionen von mehr als 2% des Bruttoumsatzes des Vorjahres eine Dreiviertelmehrheit erforderlich war. Der Minderheitsgesellschafter verfügte diesbezüglich über eine Sperrminorität und hatte somit, so der OGH, erheblichen Einfluss auf die strategische Ausrichtung des Gemeinschaftsunternehmens.
- ▶ Der OGH prüfte daraufhin unter anderem, ob eine Kartellrechtswidrigkeit der Stimmrechtsausübung schon deshalb ausscheiden könnte, weil im Verhältnis zwischen dem mitkontrollierenden Minderheitsgesellschafter und dem Gemeinschaftsunternehmen das Konzernprivileg zur Anwendung kam.
- ▶ Der OGH verneinte die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im konkreten Fall zwar letztlich, weil der beklagten Partei ein eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung verbleibt, die im laufenden Geschäftsbetrieb frei von Weisungen der klagenden Partei agieren kann.
- ▶ Der OGH bejahte aber zugleich implizit die grundsätzliche Frage, ob das Konzernprivileg überhaupt zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und dessen gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaften greifen könne.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Konzernprivilegs: „Konzentrationsprivileg“? (III)

- ▶ Im konkreten Fall lehnte der OGH ein durch das Kartellverbot begründetes Stimmverbot zum obigen Sachverhalt ab, weil bestimmte Einflussrechte mit einer (zulässigerweise erworbenen) Beteiligung (selbst an einem (potenziellen) Wettbewerber) verbunden sind und unabhängig vom Konzernprivileg gelten:
- ▶ OGH-E enthält Verweis auf frühere Rsp des OGH-Kartellsenats (KOG):
 - ▶ **Ausübung interner gesellschaftsrechtlicher Machtbefugnisse**, etwa Satzungsänderungen, Vorstandsbestellungen etc, ist **keine Frage der Kartellaufsicht** (16 Ok 20/02 - ÖBB/Postbus).
- ▶ BWB-Standpunkt Konzernprivileg Mai 2020 (Update nach OGH-E 2019):
„Die Ausübung vertraglich vereinbarter Minderheitsrechte von Gesellschaftern ist innerhalb der kartellrechtlichen Schranken möglich. Es dürfen jedoch keine detaillierten, sondern nur kartellrechtskonforme Informationen, also solche, die das autonome Marktverhalten nicht in Frage stellen, weitergeleitet werden.“

REIDLINGER SCHATZMANN

Dr. Axel Reidlinger
Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH
Tuchlauben 17, 1010 Wien
T +43 1 235 11 00 – 11
reidlinger@rs-ra.eu
www.rs-ra.eu

